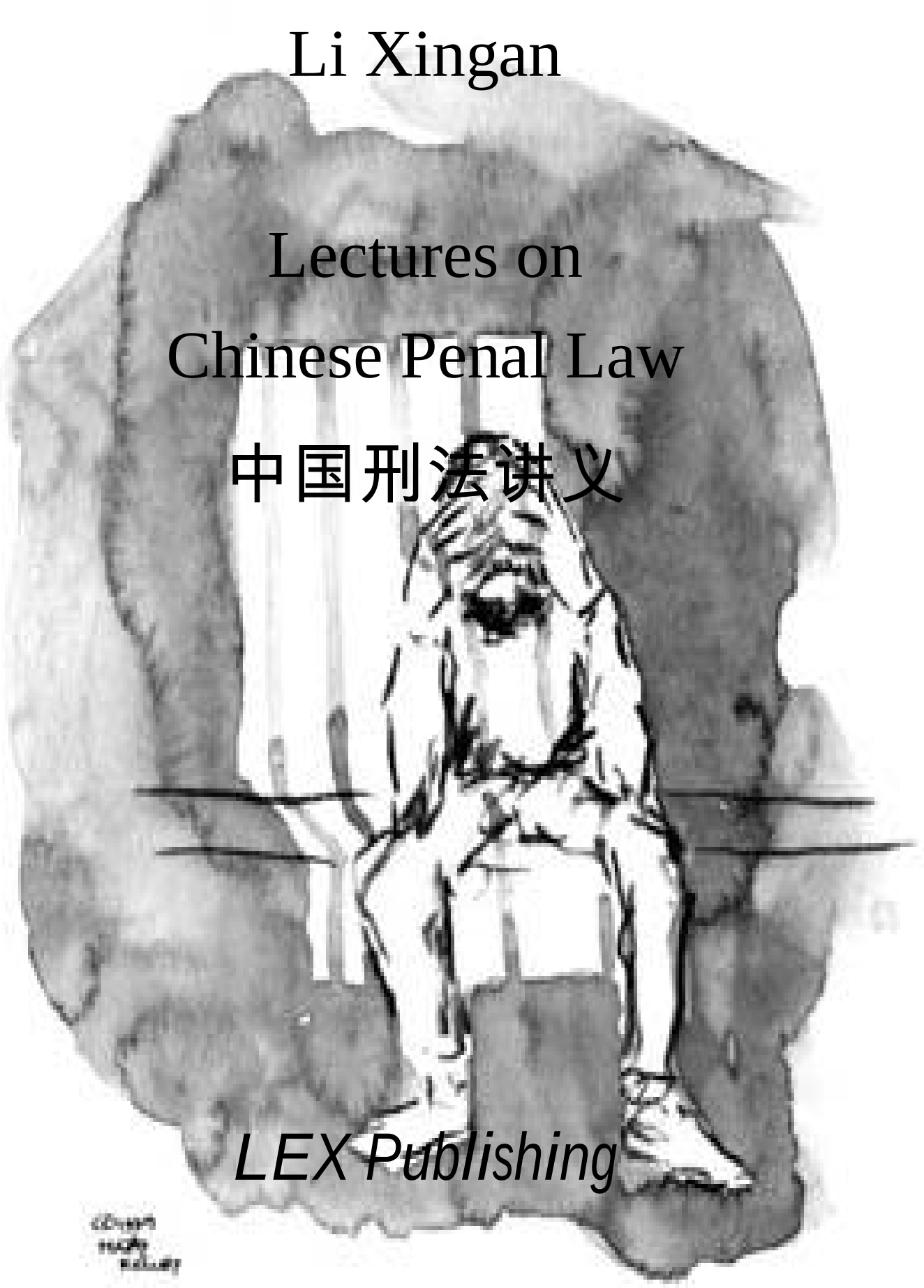
Li Xingan

Lectures on Chinese Penal Law

中国刑法讲义



LEX Publishing

Lectures on

Chinese Penal Law

中国刑法讲义

Li Xingan, LLB, LLM

Faculty of Law, University of Lapland, Finland

Li Xingan

Lectures on Chinese Penal Law

中国刑法讲义

LEX Publishing

Copyright ©2004 by Li Xingan

All rights reserved. No part of this book may be reproduced or utilized in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording, or by any information storage and retrieval system, without permission in writing from the publisher.

Lectures on Chinese Penal Law

LEX Publishing

August 2004

ISBN 952-99168-5-X

TABLE OF CONTENTS

第一章 刑法导论 19

第一节 刑法概述 19

一、刑法学 19

二、刑法的概念与性质 20

三、刑法的任务 22

四、刑法的体系和解释 23

第二节 刑法的基本原则 25

一、刑法基本原则的概念和意义 25

二、罪刑法定原则 26

三、罪责刑相适应原则 29

四、适用刑法人人平等原则 30

第三节 刑法的效力范围 31

一、刑法的空间效力 31

二、刑法的时间效力 35

思考题 36

参考书目 36

第二章 犯罪的概念与犯罪构成 37

第一节 犯罪的概念与特征 37

一、犯罪的概念 37
二、犯罪的特征 37
第二节　犯罪构成 39
一、犯罪构成的概念 39
二、犯罪构成的特征 40
思考题 41
参考书目 41
第三章　犯罪客体 42
第一节 犯罪客体 42
一、犯罪客体的概念 42
二、犯罪客体的分类 43
第二节　犯罪对象 43
一、犯罪对象的概念 43
二、犯罪客体与犯罪对象的联系与区别 44
思考题 44
参考书目 44
第四章　犯罪客观方面 45
第一节　犯罪客观方面概述 45
一、犯罪客观方面的概念 45
二、犯罪客观方面的特征 45

第二节　危害行为与危害结果 46
一、危害行为 46
二、危害结果 47
第三节　危害行为与危害结果之间的因果关系 48
一、因果关系的概念 48
二、因果关系的认定 49
思考题 50
参考书目 50
第五章　犯罪主体 51
第一节　犯罪主体概述 51
一、犯罪主体的概念 51
二、犯罪主体的意义 51
第二节　自然人犯罪主体 52
一、刑事责任能力 52
二、影响刑事责任能力的因素 52
第三节　单位犯罪 56
一、单位犯罪的概念与特征 56
二、单位犯罪的认定与处罚 56
思考题 57
参考书目 57

第六章　犯罪的主观方面 58
第一节　犯罪主观方面概述 58
一、犯罪主观方面的概念 58
二、犯罪主观方面的特征 58
第二节　犯罪故意 59
一、直接故意 59
二、间接故意 61
第三节　犯罪过失 61
一、疏忽大意的过失 61
二、过于自信的过失 62
第四节　刑法中的认识错误 63
一、法律上的认识错误 64
二、行为人在事实上的认识错误 64
思考题 64
参考书目 65
第七章　排除社会危害性的行为 66
第一节　排除社会危害性的行为概述 66
一、排除社会危害性的行为概念与特征 66
二、排除社会危害性行为的种类 67
第二节　正当防卫 68

一、正当防卫的概念 69
二、正当防卫的构成要件 69
三、防卫过当及其刑事责任 72
第三节　紧急避险 73
一、紧急避险的概念 73
二、紧急避险的构成要件 73
三、避险过当及其刑事责任 74
思考题 74
参考书目 74
第八章　犯罪停止形态 76
第一节　犯罪停止形态概述 76
一、犯罪停止形态的概念 76
二、犯罪停止形态的意义 76
第二节　犯罪既遂 76
一、犯罪既遂的概念 77
二、犯罪既遂的分类 77
第三节　犯罪预备 78
一、犯罪预备的概念 78
二、犯罪预备的特征 78
三、犯罪预备的处罚 79

第四节　犯罪未遂 79
一、犯罪未遂的概念 79
二、犯罪未遂的特征 79
三、犯罪未遂的处罚 81
第五节　犯罪中止 81
一、犯罪中止的概念 81
二、犯罪中止的特征 81
三、犯罪中止的处罚 83
思考题 83
参考书目 83
第九章　共同犯罪 84
第一节　共同犯罪的构成条件和类型 84
一、共同犯罪的概念 84
二、共同犯罪的特征 84
三、共同犯罪的类型 86
第二节 共同犯罪人的种类与刑事责任 87
一、主犯 87
二、从犯 87
三、胁从犯 88
四、教唆犯 88

思考题 88
参考书目 88
第十章　罪数形态 90
第一节　一罪的类型 90
一、实质的一罪 90
二、法定的一罪 90
三、处断的一罪 90
第二节　数罪的类型 91
一、同种数罪与异种数罪 91
二、并罚的数罪与非并罚的数罪 91
思考题 91
参考书目 91
第十一章　刑事责任与刑罚 92
第一节　刑事责任 92
一、刑事责任的概念 92
二、刑事责任的承担方式 92
第二节　刑罚概述 93
一、刑罚的概念 93
二、刑罚的种类 93
三、非刑罚的处理方法 99

第三节　量刑 99
一、量刑的概念与原则 99
二、量刑的情节 101
三、数罪并罚 105
四、缓刑 108
第三节　刑罚执行与消灭制度 110
一、减刑制度 110
二、假释制度 112
三、时效与赦免制度 114
思考题 116
参考书目 116
第十二章　刑法各论概述 117
第一节　刑法各论概述 117
一、刑法各论与总论的关系 117
二、刑法分则的体系及其特点 117
第二节　罪名、罪状、法定刑 118
一、罪名 118
二、罪状 122
三、法定刑 124
思考题 126

参考书目 126
第十三章　危害公共安全罪 127
第一节　危害公共安全罪概述 127
一、危害公共安全罪的概念 127
二、危害公共安全罪的特征 127
第二节　危害公共安全罪分述 128
一、重点罪 128
二、重点界限 141
思考题 141
参考书目 141
第十四章　破坏社会主义市场经济秩序罪 142
第一节　破坏社会主义市场经济秩序罪概述 142
一、破坏社会主义市场经济秩序罪的概念 142
二、破坏社会主义市场经济秩序罪的特征 142
第二节　生产、销售伪劣商品罪 143
一、重点罪 143
二、生产、销售伪劣产品罪与他、其他的生产、销售伪劣商品罪的界限 147
第三节　走私罪 147
一、重点罪 147
二、走私普通货物、物品罪与走私其他特定物品罪的界限 151

第四节　妨害对公司、企业的管理秩序罪 152
一、重点罪 152
二、虚报注册资本罪与诈骗罪的界限 158
第五节　破坏金融管理秩序罪 159
一、重点罪 159
二、伪造货币罪与变造货币罪的界限 171
第六节　金融诈骗罪 171
一、重点罪 171
二、各种经济诈骗罪与诈骗罪的界限 178
第七节　危害税收征管罪 178
一、重点罪 178
二、偷税罪与抗税罪的界限 185
第八节　侵犯知识产权罪 185
一、重点罪 185
二、侵犯商业秘密罪与非罪的界限 187
第九节　扰乱市场秩序罪 188
一、重点罪 188
二、合同诈骗罪与诈骗罪的界限 195
思考题 195
参考书目 195

第十五章　侵犯公民人身权利、民主权利罪 196
第一节　侵犯公民人身权利、民主权利罪概述 196
一、侵犯公民人身权利、民主权利罪的概念 196
二、侵犯公民人身权利、民主权利罪的特征 196
第二节　侵犯公民人身权利、民主权利罪分述 196
一、重点罪 196
二、重点界限 222
思考题 223
参考书目 223
第十六章　侵犯财产罪 224
第一节　侵犯财产罪概述 224
一、侵犯财产罪的概念 224
二、侵犯财产罪的特征 224
第二节　侵犯财产罪分述 225
一、重点罪 225
二、重点界限 248
思考题 249
参考书目 250
第十七章　妨害社会管理秩序罪 251
第一节　妨害社会管理秩序罪概述 251

一、妨害社会管理秩序罪的概念 251
二、妨害社会管理秩序罪的特征 251
第二节　扰乱公共秩序罪 252
一、重点罪 252
二、招摇撞骗罪与诈骗罪的界限 264
第三节　妨害司法罪 264
一、重点罪 264
二、窝藏罪与包庇罪的界限 269
第四节 妨害国（边）境管理罪 269
一、重点罪 269
二、组织他人偷越国（边）境罪与非罪的界限 272
第五节　妨害文物管理罪 272
一、重点罪 272
二、倒卖文物罪与非法向外国人出售珍贵文物罪的界限 274
第六节　危害公共卫生罪 274
一、重点罪 274
二、医疗事故罪与非罪的界限 277
第七节　破坏环境资源保护罪 278
一、重点罪 278
二、盗伐林木罪与滥伐林木罪的界限 280

第八节　走私、贩卖、运输、制造毒品罪 280
一、重点罪 280
二、走私、贩卖、运输、制造毒品罪与非法持有毒品罪的界限 285
第九节　组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪 285
一、重点罪 285
二、组织卖淫罪与强迫卖淫罪的界限 287
第十节　制作、贩卖、传播淫秽物品罪 287
一、重点罪 287
二、制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品罪与非罪的界限 291
思考题 291
参考书目 291
第十八章　贪污贿赂罪 292
第一节　贪污贿赂罪概述 292
一、贪污贿赂罪的概念 292
二、贪污贿赂罪的特征 292
第二节　贪污贿赂罪分述 293
一、重点罪 293
二、重点界限 332
思考题 333
参考书目 334

第十九章　渎职罪 335
第一节　渎职罪概述 335
一、渎职罪的概念 335
二、渎职罪的特征 335
第二节　渎职罪分述 336
一、重点罪 336
二、重点界限 343
思考题 344
参考书目 344
第二十章　危害国家安全罪、危害国防利益罪、军人违反职责罪 345
第一节　危害国家安全罪 345
一、危害国防利益罪概念和特征 345
二、重点罪 345
第二节　危害国防利益罪 351
一、危害国防利益罪概念和特征 351
二、重点罪 352
第三节　军人违反职责罪 355
一、军人违反职责罪的概念和特征 355
二、重点罪 357
思考题 360

参考书目 361

第一章 刑法导论

教学目的与要求：让学生全面掌握刑法的概念、性质、任务、体系和解释；刑法基本原则的概念和我国刑法中罪刑法定等三个基本原则的含义；刑法效力范围的概念；确定空间效力的原则；溯及力的原则。让学生一般了解我国刑法的产生发展历史；刑法解释的分类；刑法基本原则的产生发展史；确定刑法效力范围时以属地原则为主，结合其它三个原则的意义。

教学重点：我国理论界对刑法概念的三种基本观点；对刑法体系广义和狭义上的理解；罪刑法定原则的基本含义和基本要求；刑法的空间效力；刑法溯及力原则及其种类。

教学难点：刑法的体系和解释；刑法基本原则的功能；罪刑法定原则及其派生原则。

教学方法：讲授

学　时：6 学时（第 1-2 周）

第一节　刑法概述

一、刑法学

刑法学是法学中的一门重要学科。如何确定刑法学的研究对象，在学者之间有着不同的认识。不过大体上，过去的刑法学研究的范围要广一些。随着学科的分化，大刑法学已经逐渐为门类更多、内容更新、研究更细的学科所取代，这些学科的成立过程，也就是大刑法学的内容分化的过程。诸法合体、以刑为主，是刑法学发展早先的历史。刑事实体法、程序法、证据法甚至犯罪学、侦查学、监狱学则是在近现代才结束的局面。当然，不同法系、不同传统的国家，刑法学的范围及其发展过程都有不同的特点。在我国法学体系中，刑法学已经成为一门独立的重要学科。

在我国，刑法学是关于犯罪、刑事责任、刑罚以及刑法立法、司法的规律的科学。刑法学作为一个独立的学科得以确立，是以现行刑法这个法律部门为依托的。因此，刑法学就是关于刑法的科学。具体地说，刑法学的研究对象包括两个大的方面：

（一）刑法所调整的对象，是刑法学的核心内容，包括犯罪、刑事责任和刑罚。

刑法在构成犯罪的条件的范围内研究犯罪问题。因此，犯罪及其构成，就成为刑法学研究的重点和中心。刑法学对犯罪的研究，不同于犯罪学、犯罪心理学、犯罪侦查学、监狱学等相关学科对犯罪的研究。犯罪学研究的是犯罪现象及其存在的形式、产生的原因、发展的规律、控制的方法。犯罪心理学则是研究犯罪心理的成因、特点、演变规律的科学。犯罪侦查学研究的是犯罪侦查的技术手段和策略方法。监狱学是在对于犯罪分子定罪量刑的基础上进行的劳动改造的立法和实践活动的科学。

刑法规范的成立，以刑罚为归宿。刑罚是惩治犯罪和预防犯罪的重要手段。因此，刑罚在刑法学的研究对象中占有重要地位。有关刑罚的概念、特征、目的、体系、种类、执行等的问题，都是刑法学内容的重要组成部分。

刑法中存在大量有关刑事责任的专门规定。无论是刑罚的确立还是刑罚的适用，都必须以刑法所设定的刑事责任为前提。刑事责任是连接犯罪与刑罚的中介。无犯罪则无刑事责任，无刑事责任则无刑罚。犯罪、刑事责任与刑罚，各具特点，又密切联系，成为一个不可分割的有机整体，称为刑法学的研究对象，决定了刑法学

理论体系的系统性。

犯罪、刑事责任和刑罚是刑法规范的核心，也是刑法学要研究的主要问题。关于这些课题的研究，现在日趋深入。

（二）刑法的立法、司法的规律，也是刑法学的基本内容。

首先，刑法学要研究刑法的立法。这些内容贯穿在整个刑法学的体系中，涉及到刑法的渊源和体系，解释和协调，修改和完善等各个方面。对于刑法的渊源的研究，在我国历来不被重视，只是在刑法的体系的范围内涉及到其内容，而很少有人把它作为一项独立的内容加以系统整理，所以尚处于起步阶段。对于刑法的解释和协调的研究，在每一部新的刑法颁布实施以后，刑法学的很大一部分工作就投入到解决该法律的理解和适用问题当中。另外，还包括对刑法的修改与完善的研究。刑法的立法会促进刑法学的发展；而刑法学的新成就，也会促进刑法立法的完善。每一次刑法的立法，总是在理论上的论证已经基本成熟的情况下，才进行的。

其次，刑法学还要研究刑法的司法，表现为定罪论和量刑论。对定罪和量刑的研究属于规范的动态研究。它对刑法分则的适用具有重大的理论价值和实践意义。定罪和量刑，是应用刑法在动态的司法过程中解决实体问题的两个主要方面。什么样的行为是犯罪，有哪些犯罪，这些犯罪都是如何构成的，各种犯罪具备什么样的形态等等，这是刑法学必须首先回答的问题。其次，刑法学还研究刑罚体系、种类、适用、执行，特别是要研究在事实和法律的基础上裁量决定对于具体犯罪的具体刑罚的活动。

刑法学的体系是由刑法学的内容决定的。刑法学的内容，按照一定的逻辑关系加以排列，就形成了刑法学的体系。刑法学的内容的确定，是以研究的方法、研究的目的为其立足点的。一般而言，为了系统地讲授刑法学的基本原理，又结合目前实施的刑法规范，主要是采取以注释刑法学为基础，以分析方法、比较方法、历史方法等综合运用而形成的体系。可以说这是一种综合刑法学的体系。在综合刑法学之外，还有不以现行刑法内容为转移的刑法学的体系，用以论述刑法学中某些重要课题。所以，在广义上，刑法学的体系是多样化的。但是，在狭义上，刑法学的体系，基本上是综合刑法学。

刑法学经过长期的历史发展，已经形成了一门完整的、独立的学科。许多相关的知识已经脱离刑法学而形成分支学科、边缘学科，这些内容不再作为刑法学研究的重点。然而，也有一些内容原来由于人们认识水平、研究方向的局限，还没有在刑法学中进行深入的研究。现在看来，这些本属刑法学的内容应当纳入其体系当中。除此以外，由于历史的原因，我国现行的刑法学体系，距离它成为公认的科学模式还很远，正处于积极的探索的过程。许多人误认为中国现在的刑法学，无论从体系还是到内容都已经发展到了成熟期、科学期，这种论断是盲目的。因此，在打破传统刑法学固定模式的束缚的同时，对于我国的刑法学体系进行任何新的探索，都将是有益的。

二、刑法的概念与性质

刑法是规定犯罪及其法律后果的法律的总称。有的国家因侧重刑法所规定的犯罪的法律后果，即刑罚，因此称为刑法，如我国、日本，另外如西欧的德国称为 Strafrec，法国称为 Droit Penal。同时，由于有些现代西方国家刑法对犯罪规定了保安处分，而刑罚不能把保安处分包括在内，因此有的学者提出：刑法是规定犯罪及其法律效果的法律规范。也有的国家侧重犯罪，因此称为犯罪法，如英国、美国多称为 Criminal Law。我国历代法律，诸法合体，以刑为主，都称为刑律。现代法律部门虽然已经分化，但是刑法一名仍然保留。值得注意的是，我们国家的学者对于刑法的名称的使用是比较混乱的。在普遍使用刑法这个名称的情况下，又在某些场合使用刑事法律这个词，用以指刑法，比如单行刑事法律。这是不妥当的。它的意思本来是指单行刑法或者特别刑法。而刑事法律一词则包含了刑法、刑事诉讼法、监狱法等各部门法。在法律部门已经分化的今天，仍然使用刑事法律一词表示刑法，只能造成理解上的混乱。因此，本书中基本上废弃了刑事法律的用语。

有罪必罚，无罪不罚。因此，在刑法上犯罪与刑罚具有不可分割性。无论称为刑法抑或犯罪法，其含义都

是规定犯罪及其法律后果的法律。而犯罪的法律后果，传统上主要是刑罚，所以名称上的分野，并不影响该法内容上的一致。正因为古今中外的刑法都有几乎相同的调整领域，所以，刑法才得到继承和借鉴。

审述之，刑法的涵意有三个方面：

（一）刑法是法律的一个部门。

刑法作为法律的一个部门，具有一切法律的共性。在法学领域，对于法律共性的研究有专门的学科，刑法学中不再重复论述。同时，刑法也具有与其他法律相区别的特性，即它解决认定犯罪和惩罚犯罪的问题。这是刑法与其他法律部门的分水岭。在法律体系中，刑法所居的地位，可以从下列几方面加以概括。

1.刑法是公法。我国的法律体系不采取公法与私法的划分方法。但是在西方国家，广泛地认为，刑法属于法律体系中公法一类。刑法以规定国家对犯罪者的刑罚权为内容，涉及到的，都是国家与公民间的法律关系，并具有权力服从性质，因此，属于公法范畴。同时，国家刑罚权是直接以社会伦理价值观念为基准，因此，在公法体系中刑法最富于伦理性，国家以此维护正义。在十一届三中全会之后，我国刑法学百花齐放、百家争鸣，为逐步走向繁荣奠定了基础。在此背景下，也有的学者主张我国的法律体系也可以借鉴西方法律体系中公法与私法划分的方案。如果引进这个划分的方案，那么刑法无疑就是属于公法的范畴。

2.刑法是实体法。法律有实体法与程序法之分。刑法即为实体法，规定犯罪与刑罚的实体问题，而刑事诉讼法与之相对，规定诉讼程序的问题，为程序法。刑事诉讼法是规定对犯罪的侦查、起诉、审理、判决等整个刑事诉讼中的程序问题的法律。刑法与刑事诉讼法的关系，是内容和形式的关系。刑法是定罪和量刑的准绳，但是刑法徒法不能以自行，只有通过适当的程序，才能够实现。而刑事诉讼法，就是为刑法的实施提供了适当的程序。

3.刑法是成文法。通过立法程序而成为有形式的法律，称为成文法。而不具有形式的法律，如习惯法，则称为不成文法。根据罪刑法定原则的要求，刑法为成文法。中国是一个成文法传统浓厚的国家。中国首次有成文法的公布，始于公元前 536 年郑国执政子产铸刑书。在公元前 513 年晋国大臣赵鞅、荀宣将范宣子任执政时修定的刑书铸于鼎上，公之于众后，各国纷纷制订成文法。革除了“刑不可知，威不可测”的司法专横弊端。此后两千多年的历史上，我国刑法大多采取成文法的形式(汉代《春秋》决狱是例外)。在中华人民共和国成立后约三十年时间里，我国没有刑法典，定罪量刑主要依据一些单行刑法，在单行刑法没有调整的情况下，依据国家制定的刑事政策。随着法制建设的发展，我国在 1979 年 7 月 1 日颁布了《中华人民共和国刑法》，这是解放以来我国第一部法典性质的刑法。在从 1980 年刑法生效到 1997 年刑法修订的十八年中 ,对于这部刑法典进行补充、修改的单行刑法有 23 部之多，而附属刑法就更达 130 多条，刑法典已经变得面目全非。1997 年 3 月 14 日通过的修订后的刑法把众多的单行刑法和附属刑法的内容基本上纳入进来，形成了一部较为完善的刑法典。

4.刑法是强行法。法律具有绝对适用的效力，不允许个人自由选择，称为强行法。反之，则称为任意法，允许个人的意思效力，只有当当事人无特别意思时，才适用其规定。刑法规定国家对人民的刑罚权作用，其效力多属强行不易，因此属于强行法。

（二）刑法是规定犯罪与刑罚的法律。

任何法律，只要规定的主要内容是犯罪及其刑罚的，就是刑法。否则，即使主要规定犯罪一端或者规定刑罚一端，这样的法律也不是刑法。有的法律规定的内容不是犯罪和刑罚，而是经济、行政、民事等方面的问题，若干条文规定的内容却是犯罪和刑罚，也称为刑法规范，即附属刑法规范。所以，刑法按照其适用范围和刑事的不同，可以作如下分类：

1.广义刑法与狭义刑法。广义地说，凡是规定犯罪与刑罚的法律，都可称之为刑法，包括刑法典和其他刑法规范，即包括单行刑法和附属刑法。狭义地说，刑法就是指刑法典。

2.实质刑法与形式刑法。形式刑法具有成文的法典作为依据，如《中华人民共和国刑法》就是形式刑法。而实质刑法不具有刑法典的形式，但是实际上全部条款或者某些条款规定了犯罪与刑罚的内容，前者如对于刑

法进行补充或者完善的单行刑法，后者如商标法、专利法、公司法、金融法等非刑法法律中所规定的罚则，都属于实质刑法。刑法第 101 条规定：“本法总则适用于其他有刑罚规定的法律，但是其他法律有特别规定的除外。”这就解决了形式刑法与实质刑法的效力、协调的问题。

3.普通刑法与特别刑法。普通刑法是一般适用的刑法，因为它是普通规定，适用范围最广，原则上无论何人，在何时何地触犯何罪，都适用之。特别刑法是特殊适用的刑法。普通刑法与特别刑法的划分，可以是法律本身的分类，也可以是同一法律中的条款的分类。特别刑法包括适用于具有特殊身份的人的，如我国刑法中规定的军人违反职责罪，只适用于犯罪的军人；有适用于特殊地域的，如特别行政区的刑法，民族自治地方的变通或者补充规定；有适用于特殊时期，也有适用于特殊事项的特别刑法。总之，特别刑法往往修改刑法之不适，补充刑法之不足，解释刑法之不明，或者创制刑法之不及，其适用范围虽然不如普通刑法广泛，但是，其效力却优于普通刑法，这就是特别法优于普通法的原则。

4.单行刑法与附属刑法。从立法体例上看，刑法可分为单行刑法与附属刑法。单行刑法是指专门规定犯罪及其刑罚的法律，如刑法典和其他单行刑法等。不过狭义地说，单行刑法是指在刑法典之外的单行的刑法规范。附属刑法则以规定非犯罪及其刑罚的事项为主体，而附带规定某些刑罚罚则，如森林法、草原法、海关法、国旗法、保守国家秘密法等等中的罚则。

（三）刑法是运用刑罚惩治犯罪的法律。

无论犯罪行为发生在哪个领域，都要适用刑罚加以制裁。卢梭在《社会契约论》中指出：“刑法在根本上与其说一种特别法，还不如说是其他一切法律的制裁力量。”这是因为，刑法调整的范围非常广泛，几乎涉及到一切领域；同时，刑法的制裁非常严厉，超出民事、经济、行政制裁的严厉性。有的学者把刑法形容为整个法律体系的最后一道防线，即严重违反其他一切法律，达到犯罪程度的行为，几乎都可在刑法中找到对应的刑罚制裁的规定。在实行依法治国的社会主义初级阶段，这是十分重要的。

刑法之所以对犯罪加以严厉制裁，是由国家创设刑法而赋予它的机能决定的。刑法的机能，即刑法作为一个整体发生作用的能力，包括如下几个方面：

1.规制机能，即规定和约束公民行为的机能。刑法将一定的行为规定为犯罪，并明确规定犯罪与刑罚的关系，一方面表明国家对此种行为的否定评价，提供对其进行价值判断的标准，另一方面也是向公民发布保护法益的命令，要求公民的一致不得背离国家保护法益的意志，侵害或者威胁国家所保护的法益。这就是刑法规制公民行为的机能。

2.保护机能。指定刑法的主要目的在于保护公民和社会不受犯罪的侵害。刑法规定对一定行为科以刑罚，借以防止和遏制此种行为的出现，以保护此种行为可能侵害的法益，即保护公民和社会的利益。

3.保障机能。罪刑法定原则要求在刑法上事先明确规定犯罪与刑罚的关系，只要不构成刑法所规定的犯罪，就不允许行使刑罚权。因此，任何公民只要不实施刑法所规定的犯罪行为，就不能对该公民处以刑罚。在这个意义上，刑法具有保障公民不受刑罚权非法侵害的机能。对已经实施犯罪行为的罪犯，也只能在刑法规定的罪刑关系和科刑范围内对罪犯适用刑罚。在这个意义上，刑法具有保障罪犯不受刑法规定以外不正当刑罚处罚的机能。

三、刑法的任务

刑法的任务是由国家的性质和任务所决定的。我国刑法第二条明文规定：“中华人民共和国刑法的任务，是用刑罚同一切犯罪行为作斗争，以保卫国家安全，保卫人民民主专政的政权和社会主义制度，保护国有财产和劳动群众集体所有的财产，保护公民私人所有的财产，保护公民的人身权利、民主权利和其他权利，维护社会秩序、经济秩序，保障社会主义建设事业的顺利进行。”

这一规定表明我国刑法的任务有以下几个方面：

(一)保卫国家安全。主权、领土完整和安全，是国家赖以存在的基础。我国历史上，曾经有过任人宰割的一页，全国一盘散沙，江山支离破碎。今天，我国已经成为一个独立的、统一的国家。因此，保卫国家安全是我国法律尤其是刑法的重要任务之一。

(二)保卫人民民主专政的政权和社会主义制度。我国是人民民主专政的社会主义国家。人民民主专政的政权和社会主义制度，是中国人民生存和发展的根本保证，是人民根本利益的体现。

有鉴于此，刑法规定保卫人民民主专政的政权和社会主义制度，刑法分则当中，也把危害人民民主专政的政权和社会主义制度的犯罪列为刑法打击的重点，规定了较重的刑罚。

(三)保护国有财产和劳动群众集体所有的财产，保护公民私人所有的财产，维护经济秩序。维护社会主义的经济基础表现在两个方面，一个方面是静态的方面，即对财产的保护；另一个方面是动态的方面，即对于经济秩序的维护。这两个方面是密切结合，不可分割的。刑法设两个专章以实现这个任务：破坏社会主义市场经济秩序罪和侵犯财产罪。

(四)保护公民的人身权利、民主权利和其他权利。在我国，公民享有的权利是广泛的，不仅包括生存权、人身权、安全权和政治权利，而且享有经济、文化、社会等各方面的权利。另一方面，人权又是脆弱的，时时面临着犯罪的威胁。因此，刑法保卫国家安全、保卫政治制度、维护经济秩序等等，归根结蒂是保卫了人权；刑法还设专章严厉惩办严重侵犯人权的犯罪。

(五)维护社会秩序。只有维护良好的社会秩序和安定团结的政治局面，人民才能安居乐业，改革开放和社会主义建设事业才能顺利进行。要维护社会稳定，就必须排除一切导致国家混乱和社会动乱的因素，坚决打击和惩治一切破坏社会秩序，破坏社会稳定的犯罪分子。刑法在这方面肩负着重要的任务。

我国刑法的上述五个方面的任务是相互联系，不可分割的。要实现其中任何一个方面的任务，必须同时兼顾其他几个方面的任务；而如果缺少其中任何一个方面，都会使其他方面不同程度地受到危害。因此，我国刑法的任务实际上是一个整体。为了分析的便利才把它们分成几个方面。更多地应当注意把它们结合起来，在刑法的立法和司法中系统地实现每一项任务。

四、刑法的体系和解释

（一）刑法的体系

刑法的体系是指刑法规范的组成和结构。

任何国家的刑法都有自己的体系。每一国家刑法的体系都具有自己的特点，这是由各国的政治、经济、文化等许多复杂的因素所决定的。当然也有立法技巧的差异。刑法的体系应当尽可能科学合理，以便更好地发挥其整体功能。

刑法的体系也是变化的，这种变化根植于法律文化的发展和现实的需要。18 世纪之前，刑法的体系是比较简单的，不分总则与分则，总则性的与分则性条文一体排列在整个法律当中。把刑法规范划分为总则、分则的形式，是德国法学家费尔巴哈在 1856 年出版的刑法讲义中首次采用。立法上率先接受这一划分方法的则是巴伐利亚大公国的刑事立法。这使得刑法的约简成为可能，最少的条文就可以确立必要的刑法规范，总则规范指导和制约分则规范，而后者把前者的内容具体化。这种划分使刑法进入现代发展时期，使刑法学的体系也重新进行了构筑。因此，此后德国、法国乃至全世界各国的刑法典都以此为模式。

刑法是一个由总则和分则内容组成的有机整体。大凡刑法的规定，非总则即分则。因此，刑法的体系，即以总则、分则为构成要素。以现行刑法为例，共分总则、分则两编。总则分五章，共 101 条，各章内容依次为：第一章刑法的任务、基本原则和适用范围；第二章犯罪；第三章刑罚；第四章刑罚的具体运用；第五章其他规定。分则分十章，共 351 条，各章内容依次为：第一章危害国家安全罪；第二章危害公共安全罪；第三章破坏社会主义市场经济秩序罪；第四章侵犯公民人身权利、民主权利罪；第五章侵犯财产罪；第七章危害国防利益

罪；第八章贪污贿赂罪；第九章渎职罪；第十章军人违反职责罪。

在这里，总则规定的是犯罪和刑罚的一般原理、原则，以及刑法适用的一般规律。分则规定的是各个具体犯罪的罪状和法定刑。总则和分则的关系是一般与特殊、抽象与具体的关系，两者密切联系，相辅相成，互为条件，共同结合为一个有机整体。而总则和分则内部又各有其自身的组成和结构，又自成体系。

在编、章之下，有的章还分为若干节，对于章之内的内容作分类规定。这是条之上的组成和结构的单位。在刑法中，条是规范的最基本的单位。理论讲述和司法文书引用的最常见的基本单位就是条。1979 年刑法共有 192 条，而 1997 年修订的刑法共包括 452 个条文，表明刑法规范的最基本的单位有显著的增设。总则条文的数量，是与刑法一般原理、原则、适用一般规律需要规范的内容相适应的；而分则条文的数量是与现实社会中犯罪的种类相适应的，同时考虑立法技术与同犯罪作斗争的策略。在立法技术上，宜粗不宜细的，则粗线条规定，具体而言，有的若干犯罪就只占用一个条文，如放火、决水、爆炸、投毒或者以其他危险方法危害公共安全的犯罪，就规定在刑法地 114 条和第 115 条两个条文中；宜细不宜粗的，就详细地加以规定，比如有的一种行为，就划分为若干个犯罪，走私罪就是最显著的例证，分为走私特殊性质的物品的犯罪，走私一般货物、物品的犯罪，以特殊手段进行走私的犯罪等。在同犯罪作斗争的策略上，为了减少挂有死刑的条款，刑法在第 113 条、第 115 条、第 119 条等对于死刑作了集中规定。而且条文的多寡是可变的，有的可能先分后合，有的则可能先合后分，都视犯罪的具体情况而定。但是，一般的趋势是，条文规定越来越具体、明确，可操作性增强。

在条这个单位内部，还有更小的单位。条下分款，有的条文就是一款。条、款中有段，就是条或者款中以完整的句子的形式存在的规范，也就是以句号结尾的规范。有的一条、一款只有一段，有的有两段，前一段称为前段，后一段称为后段，有的有三段，中间一段称为中段。另外，条、款下有的还分为若干项，即常常以各种形式的基数词的形式出现的规范，其基数词为几，名称就是第几项。在引用刑法条文时，一般只引用其条、款、项，而不引用段。如第一百五十三条第一款第一项规定：“走私货物、物品偷逃应缴税额在五十万元以上的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处偷逃应缴税额一倍以上五倍以下罚金或者没收财产；情节特别严重的，依照本法第一百五十一条第四款的规定处罚。”现在，学术著作中为了约简篇幅，常写作阿拉伯数字，如第 153 条第 1 款第 1 项。但是，在郑重场合，仍然以汉字数字为宜，因为刑法条文中，都是采用汉字数字规定的。

（二）刑法的解释

刑法的解释，实际上是对刑法规范含义的解释。刑法规范的含义，一般情况下是易于了解、把握的，然而由于刑法规范具有高度概括性，其中一些术语的含义，有不同于普通语言意思的含义，只有通过解释才能确切理解立法精神之已达。加之，以不变之法应万变之罪，难免疏漏，解释可以弥补立法原意之未及。因此，刑法解释对于正确应用刑法条文，具有十分重要的意义。

刑法的解释，可以根据不同的划分标准加以区分。

1.按其解释的效力可以分为有权解释和无权解释。

(1)有权解释。就是由具有刑法解释权的机关所作的有约束力的解释。可分为两种。一是立法解释，即有立法机关所作的解释。①立法机关在制定刑法时，以专门的条文对于某些用语加以解释，如刑法第 91 条至第 99 条。这九个条文分别对刑法所说的公共财产、公民私人所有的合法财产、国家工作人员、司法工作人员、重伤、违反国家规定、首要分子、告诉才处理、以上、以下、以内的含义作了明确的解释。②立法机关在制定刑法时，在法律的起草说明中所作的解释。③由立法机关专门加以解释或者以法令加以规定。全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》指出，凡关于法律、法令条文本身需要进一步明确界限或者作补充规定的，由全国人大常委会进行解释或者用法令加以规定。二是司法解释，主要是指最高司法机关对具体应用刑法所作的解释。全国人大常委会的上述决议中规定，最高人民法院和最高人民检察院分别对于法院审判工作和检察院检察工作中具体应用法律的问题，有权进行解释。两机关的解释如果有原则性的分歧的，报请全国人大常委会解释或者决定。

(2)无权解释，又称学理解释。这是由非有权解释的机关、团体或者个人从理论上或者学术上对刑法所作的解释。例如，有关学者的撰写的专著、论文、教材、案例分析、刑法注释等等，都是学理解释。学理解释不具有法律约束力，但是对于法律的补充与完善、理解与执行具有重要的参考价值。

2.按其解释的方法，可以分为文理解释和论理解释。

(1)文理解释，是对于刑法所使用的文字或者字义，为使其含义明确而作的解释。刑法规范是以文字或者书面语言的形式存在的，而文字和书面语言在应用到刑法规范中，就具有法律意义。当这种法律意义不明确时，就要做出解释以使它明确化。例如，刑法第 99 条规定："本法所称以上、以下、以内，包含本数。"这就是为了使以上、以下、以内的含义明确而作的文理解释。

(2)论理解释。这是对法律条文的含义按照立法精神，根据法理所作的解释。例如，刑法第九十五条规定："本法所称重伤，是指具有下列情形之一的伤害：(一)使人肢体残废或者毁人容貌的；(二)使人丧失听觉、视觉或者其他器官机能的；(三)其他对于人体健康有重大伤害的。"

2.按其所作的解释是否缩小、扩大或者超越刑法条文原来的普通语言意思界限，又可分为正常解释、限制解释、扩大解释和类推解释。

(1)正常解释。这是指按照条文原来的普通语言意思界限所作的解释，既无限制，也无扩张，更不超出条文原来的正常含义。

(2)限制解释。即法律解释缩小了原来普通语言意思的含义。例如，《刑法》第 232 条规定的故意杀人罪，在学理上解释为"故意非法剥夺他人生命的行为"，就把"故意杀人"的字面意义加以严格限制。表明，构成故意杀人罪的杀人在主观上必须是故意的，在性质上必须是非法的，等等。

(3)扩张解释。即法律解释扩大了原来普通语言意思的含义。例如刑法第 91 条第 2 款规定："本法所称公共财产，是指下列财产：(一)国有财产；(二)劳动群众集体所有的财产；(三)用于扶贫和其他公益事业的社会捐助或者专项基金的财产。"其第 2 款则规定："在国家机关、国有公司、企业和集体企业和人民团体管理、适用或者运输中的私人财产，以公共财产论。"

(4)类推解释。即超出法律条文原来普通语言意思的界限，运用类推的方法所做出的解释。我国现行刑法已经废除类推制度，并且明确规定了罪刑法定原则，因此类推解释也应属于非法。

第二节　刑法的基本原则

一、刑法基本原则的概念和意义

所谓刑法的基本原则，是指在制定刑法和适用刑法过程中，必须严格遵守的准则。它是在刑法中具有特殊重要性的、带有全局性的、具有现实意义的原则。正确地阐明刑法的基本原则，对整个刑法理论体系以及刑法内容中的许多基本问题的正确解决，有着十分重要的意义。

长期以来，由于认识不同、标准不同，对于我国刑法的基本原则问题，存在着不同的意见。刑法的基本原则的确定，必须要依据一定的标准。这个标准，可以概括为以下三个方面：

(一)刑法的基本原则必须是在刑法中具有特殊重要性的原则。社会主义法律体系有许多原则，各个法律部门都受这些共有的原则的指导和制约，一般情况下，它们就不必列为刑法的基本原则。但是，某些在刑法领域更具有独特性、重要性的原则，仍然可以作为刑法的基本原则。比如社会主义法制原则，本为社会主义法律体系共有的原则，但是，由于历史的原因，它在刑法中更具有独特性和重要性，因此，演化成罪刑法定原则，为二百年来举世公认的刑法的基本原则。

(二)刑法的基本原则必须是指导和制约刑法整体的，而不是指导和制约刑法的某些局部的具体原则。曾经有一种观点，把刑法的基本原则的标准之一表述为贯穿全部刑法的原则。这在用语上是不妥的。刑法虽然是一个有机统一的整体，但是在逻辑上其内容在各个部分中是不同的，因此，没有什么原则能够贯穿刑法的总则和分则全部内容，或者贯穿刑法的制定和适用的整个过程。所以，我们认为应当更加关注的是对于刑法的整体的指导和制约作用，以此作为遴选基本原则的标准之一。

(三)刑法的基本原则必须是具有重大现实意义的原则。这个标准，强调的是刑法的基本原则的现实性、时代性、实用性。这些被确定作为刑法基本原则的，不必要也不可能全面反映刑法的全部内容，那些内容是整个刑法和刑法学的目标。因此，应当确立的刑法的基本原则是符合时代潮流、具有现实意义和实用价值的那些原则。刑法的基本原则历史上就是可变的，今天它们仍然是可变的。不同时代，不同形势下，刑法的基本原则是不同的，视其实际价值而定。不过，在某个短暂的时期，某些原则是相对稳定地起作用的。甚至于在几百年间，有的原则一直具有重要意义，也是由其现实意义所决定的。

我国刑法原来没有规定刑法的基本原则。只是在理论上一直有人主张我国刑法具有某些原则。但是对于这些原则的内容，却有许多不同的表述。有人主张两原则说，有人主张三原则说，有人主张四原则说，还有人主张五原则说，甚至有主张更多的原则的观点。直到刑法修订以前，在此问题上一直没有达成共识。

1997 年刑法修改时，明文规定了我国刑法的三大原则，即第 3 条规定的罪刑法定原则，第 4 条规定的在适用法律上一律平等的原则，第 5 条规定的罪刑相当原则。这些原则的确定是符合上述标准的。

二、罪刑法定原则

(一)罪刑法定原则的含义和由来

我国《刑法》第三条规定：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。”这就是我国刑法中的罪刑法定原则。

罪刑法定原则要求犯罪和刑罚都由法律明文规定。定罪和量刑都必须以刑法条文为根据。这个原则，在西方的刑法中，被概括为法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚。

在历史上，罪刑法定原则首先是作为一种学说出现的。欧洲中世纪时，君主独擅大权，生杀予夺往往出于一己之好恶，因此什么行为构成犯罪，应科处什么刑罚，都由统治者或者审判官便宜行事，称为罪刑擅断时期。十八世纪的启蒙思想家们著作中主张尊重个人权利，攻击罪刑擅断的弊端，提出罪刑法定主义。“专制国家是无所谓法律的。法官本身就是法律。君主国是有法律的；法律明确时，法官遵守法律；法律不明确时，法官则探求法律的精神。在共和国里，政制的性质要求法官以法律的文字为依据；否则在有关一个公民的财产、荣誉或者生命的案件中，就有可能对法律作有害于该公民的解释了。”意大利的贝卡利亚和德国的费尔巴哈进一步发挥了孟德斯鸠的思想，使之成为一项法律原则。贝卡利亚在《论犯罪与刑罚》中指出：“只有法律才能对犯罪者规定刑罚……超出法律的刑罚是不公正的，因为它是没有法律规定的另一种刑罚。”费尔巴哈在《对实证主义刑法的原则和基本原理的修正》中指出：“每一应判刑的行为都应依据法律处刑。”还指出：“对公民的……刑罚，只能是出于并根据一种刑法科刑。哪里没有法律，哪里就没有对公民的处罚。”

在法律上，罪刑法定主义作为一种制度，最早来自于欧洲。1215 年英王约翰签署的大宪章，它奠定了正当法律程序的法律思想的基础。在此基础上，经过 1627 年的权利请愿书，1688 年的权利法典传入美国。于是在美国产生了 1774 年的 12 个殖民地代表会议宣言，1776 年的弗吉尼亚州的权利宣言。1787 年美国宪法明文规定“不准制定任何事后法”。1791 年宪法修正案规定“不依法律规定，不得剥夺任何人的生命、自由和财产”, 1870 年的宪法修正案中，对各州也有同样的规定。

之后，罪刑法定主义又回到它的发源地欧洲。受美国 1776 年弗吉尼亚州权利宣言的启示，1789 年 8 月 26 日通过的法国《人权与公民权宣言》第 8 条规定：“法律只能规定绝对的、必要的刑罚。不依据犯罪行为前制定、

颁布并付诸实施的法律，不得处罚任何人。”第 5 条规定：“法律仅有禁止有害于社会的行为。凡未经法规禁止的行为即不得受到妨碍。而且任何人都不得被迫从事法律所未规定的行为。”1791 年和 1793 年的法国宪法重申了《人权和公民权宣言》的精神。1810 年法国刑法典第 4 条明文规定：“无论违警罪、轻罪或者重罪，都不能判处犯罪前法律所未规定的刑罚。”因此，罪刑法定原则的直接渊源，被公认为就是 1810 年法国刑法典。此后，各国刑法都以此作为基本原则，并且形成在刑法中明文加以规定的体制。例如《德国刑法典》第 2 条规定：“行为之得处刑者，以法律在该行为前已有规定者为限。”当然，有些国家更在其宪法中做出明文规定，作为一项宪法原则加以确立。

在我国，罪刑法定主义的思想和立法，也具有古老的历史。然而，一直未成为刑法思想的主流观念。因为我国的类推制度具有悠久的历史。而类推制度与罪刑法定原则有着根本的矛盾。清末，著名法学家沈家本就反对清律有关“断罪无正条，用比附加减之律”的规定，指出：“近来东西各国刑法皆不用此文。”不过，现代意义上的罪刑法定主义，是在 1908 年清朝颁布的《宪法大纲》中首次明文规定的，即“臣民非按法律规定，不加以逮捕、监禁、处罚。”1910 年颁布的《大清新刑律》中规定：“法律无正条者，不问何种行为，不为罪。”以后在国民党政府刑法中也继续沿用这个原则。

我国 1979 年刑法没有明文规定罪刑法定原则。该刑法及 1979 年之后的一些特别刑法曾经规定了类推制度和溯及既往的效力，是与罪刑法定原则相背离的。1997 年修订的刑法回到了法治的轨道，上述两项内容均已废弃，从形式上和内容上都体现了罪刑法定原则的精神。

(二)罪刑法定原则的思想基础

罪刑法定原则的思想基础是启蒙时期的自由主义思想。17、18 世纪的资产阶级启蒙思想家，包括法国的孟德斯鸠、卢梭，英国的洛克，意大利的贝卡利亚等，主张主权在民、天赋人权、自由平等，成为当时新兴资产阶级反对封建专制的思想武器，并形成了罪刑法定原则的思想基础。概括地说，罪刑法定原则的思想基础，可以归纳为两个方面：

1.三权分立学说

三权分立学说是资产阶级主张的法治思想，又称分权主义，是罪刑法定原则的政治基础。因为三权分立学说，体现在国家政治方面，是把国家职能由立法、司法和行政三个部门(国会、法院、内阁)分别掌管，相互制约，权力平衡，从而保护国民的自由和权利，防止审判擅断。法院要经常适用国会所制定的法律，它只不过是宣判机关，不得对未经法律预先规定的行为科处刑罚。三权分立学说为孟德斯鸠所主张，他以为“三权中之裁判权，原为无有”，裁判官之性质，“仅为依照法律所定用语而发言之口或无变更法律力量及其严格性之无生物。”(日本牧野英一著《罪刑法定主义与犯罪征表说》)贝卡利亚在《犯罪与刑罚》中说：“惟法律乃能规定各种犯罪之刑罚，司法官不过依法律所定之刑而宣告之，立法之权利，全存在于立法者之手，司法官仅能依法律所定之刑而宣告之。”又说：“在犯罪之场合，当事人者二人，一方为原告，一方为被告，居于第三者地位而解决其争端者，则为司法官。”

2.心理强制学说

心理强制学说又是平衡主义的代表思想，因此，也可以说罪刑法定原则的思想基础是平衡主义或者心理强制说。心理强制说，是一个具有刑事政策思想的刑罚理论，费尔巴哈称之为实定法理论，宾丁称之为平衡论。所谓平衡，是指法律规定的犯罪与刑罚，使企图犯罪的人权衡自己实行犯罪而受到处罚所招致的不愉快或者痛苦，比未实行犯罪而感到的不愉快要大，从而控制自己不去实行犯罪。这就是刑法规定给社会成员一种合理性的平衡，从而起到抑制犯罪、预防犯罪的作用。卢梭说：“为使现在利益之诱惑得以平衡，有示人民以将来利益损害之必要。”贝卡利亚认为：“因法律执行之一如法文，可使市民计算自己犯罪行为所生之不愉快结果，并可使行将犯罪者不为犯罪行为，故法律实为必要。”从刑法角度讲国家刑法规定一定行为是犯罪，并科以刑罚，对于社会成员起一种一般的心理强制作用，即威吓作用，使之畏惧刑法而避恶迁善。为了实现刑法的心理强制作用，

对犯罪与刑罚必须加以规定，并预先公布告之社会成员。至于对犯罪分子执行刑罚，只是强调刑罚的预告效果，并非刑罚预告之目的。心理强制说或平衡主义，是从人是野性动物这一点出发，认为人自有就愉快，避痛苦，计较利害轻重的平衡本性，因而他会知道，犯罪的后果就会是受到惩罚。国家刑法又告诉他，受刑罚所生之不愉快要大于实行犯罪之愉快，因而控制自己不去实施犯罪。

心理强制说与三权分立说有一致的方面和不一致的方面。二者一致的方面在于用法律预先明确规定犯罪和刑罚这个问题上，共同确认法无明文规定不为罪不得处罚，以及在保障个人自由平等上，尤其在犯罪构成明确化方面，是统一于罪刑法定原则的。二者不一致的方面是，三权分立学说主张刑法有溯及力，强调三权相互制约关系，认为司法审判机关必须依据立法机关所创制的新法律，因为新法律既经颁布就应实行有效，否则会失掉立法和司法存在的制衡作用。而心理强制说则主张刑法无溯及力，因为，如果依审判时法(即新法)，而不依行为时法(即旧法)定罪判刑，则使将要实行犯罪行为的人，无法估计他的行为后果是否为犯罪及受到何种惩罚，因而，也就起不到心理强制作用，即威吓性的一般预防犯罪的作用。

(三)罪刑法定原则的内容和体现

1.罪刑法定原则的内容

罪刑法定注意的具体含义，被归纳为四个派生原则。

首先，在刑法渊源上，排斥习惯法，刑法应以成文法为渊源。依照罪刑法定原则，论罪科刑都必须有法律明文规定，因此刑法的渊源，当然应该是成文法。

其次，在刑法效力上，排斥溯及力。行为的处罚，以行为时有明文规定者为限。法律没有明文规定处罚的行为，即使行为之后法律有所变更，也不得追溯过去的行为而进行处罚，这就是法律不溯及既往的原则，也是罪刑法定原则的当然结论。不过这个原则并非绝对没有例外。如果行为后变更的法律对于行为人既有的地位没有改变，甚至变更后的法律比行为当时的法律，对于行为人更为有利，则溯及既往是允许的。

第三，在刑法的解释上，禁止类推解释。犯罪行为必须由法律明文规定，如果没有规定，就不得处罚，不得把无罪当作有罪，把轻罪当做重罪。因此，在法律没有明文规定的情况下，进行类推解释，是罪刑法定原则所排斥的。

最后，在刑法规定的法定刑上，排斥绝对不定期刑。

2.罪刑法定原则在我国刑法中的体现，在于以下两个方面：

第一，罪是法定的。我国刑法中的罪之法定，主要是通过以下三个层次的内容体现出来的。1.刑法对犯罪的概念作了规定。我国刑法第 13 条对犯罪的概念明文规定：“一切危害国家主权、领土完整和安全，分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度，破坏社会秩序和经济秩序，侵犯国有的财产或者劳动群众集体所有的财产，侵犯公民私人所有的财产，侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利，以及其他危害社会的行为，依照法律应当受刑罚处罚的，都是犯罪，但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。”这一概念原则性地回答了什么行为是犯罪、为什么这些行为是犯罪的问题，为划分罪与非罪的界限确定了一般标准。这一定义强调行为的社会危害性是犯罪的本质特征，又表明行为的刑事违法性是犯罪的形式特征。2.刑法对犯罪构成要件作了规定。为了具体地区分罪与非罪、此罪与彼罪的界限，还必须有一个明确的法律规格，这就是犯罪构成。我国刑法对犯罪构成的要件作了明确规定。第 14 条规定了故意犯罪，第 15 条规定了过失犯罪，第 16 条对无罪过的意外事件与不可抗力作了规定，第 17 条是对刑事责任年龄的规定，第 18 条是对刑事责任能力的规定。上述规定，联系刑法第 13 条关于犯罪概念中对犯罪客体和犯罪行为的一般规定，就是我国刑法中犯罪构成的一般要件，它为认定犯罪提供了一般标准。3.刑法对具体犯罪的规定。我国刑法分则条文对各种具体犯罪都作了明确规定，从而为司法实践的定罪工作提供了具体标准。这些规定表现为犯罪的罪状。罪状不等于犯罪构成，但却是对于具体犯罪构成的高度概括，反映的是具体犯罪构成的某些要件，未明文规定的要件则可以联系刑法总则的有关规定加以确定。所以，分则中具体犯罪构成的一切未明之义实则皆有出处。

第二，刑是法定的。我国刑法中的刑之法定，主要是通过以下三个层次的内容体现出来的。1.刑法对刑罚种类的规定。根据我国刑法的规定，刑法分为主刑和附加刑。主刑包括管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑。附加刑包括罚金、剥夺政治权利、没收财产、驱逐出境。我国刑法不仅规定了刑罚种类，而且同时对各种刑罚的使用条件作了限制规定。由于我国刑法对各种刑罚种类都作了明文规定，这就为司法工作人员依法适用刑罚提供了法律基础，要求司法工作人员只能根据案件情况，选择法定的刑罚种类，而不得滥施法外制裁。2.刑法对量刑原则的规定。刑法第 61 条规定：“对于犯罪分子决定刑罚的时候，应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度，依照本法的规定判处。”这是关于量刑的一般依据的规定。刑法还对量刑的具体原则作了规定，例如未成年人的量刑原则，防卫过当、避险过当的量刑，犯罪预备、犯罪未遂和犯罪中止的量刑原则，主犯、从犯、胁从犯与教唆犯的量刑原则，累犯、自首和立功的量刑原则，等等。这些规定使司法工作人员可以根据犯罪案件的不同情况正确适用刑罚。3.刑法对具体犯罪的法定刑的规定。对具体犯罪的法定刑规定的形式，从各国的立法例来看，存在三种情况：一种是绝对确定的法定刑，一种是绝对不确定的法定刑，一种是相对确定的法定刑。相对确定的法定刑，即在法律条文中规定一定的刑种、幅度，并确定其最低和最高限度。这是目前世界上通行的做法，据此可适当量刑，又免滥施刑罚。从上述这三个层次的内容可以看出，我国刑法做到了刑之法定。

罪之法定与刑之法定是罪刑法定原则的基本要求，我国刑法实现了这一要求。加之我国刑法在渊源上，以成文法为主体；在效力上，没有溯及既往的效力；废除了类推制度；没有绝对不定期刑的现象，因此已经把刑法纳入真正法治的轨道。

三、罪责刑相适应原则

我国刑法第 5 条规定：“刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯的罪刑和承担的刑事责任相适应。”这就是我国刑法规定的罪责刑相适应原则。

罪责刑相适应原则，又称罪刑相当原则或者罪刑均衡原则。其产生在资产阶级革命之前，其确立在资产阶级革命之后。十六世纪英国空想社会主义法学家莫尔在其《乌托邦》一书中就曾指出英国的封建法律在量刑方面存在的弊端，认为没有实行罪刑相适应的原则，而是轻罪和重罪一律处死，其结果往往是使不少盗窃犯变成了既偷窃又杀人。因为把物主杀死，可能少一个证人或者起诉人，使罪犯抱有侥幸心理，这实际是鼓励盗窃犯又犯有杀人罪。因此，莫尔主张重罪和轻罪要加以区别，否则会给社会造成不堪设想的后果。十八世纪法国启蒙思想家孟德斯鸠在《论法的精神》中指出，如果对一个在大道上行窃的人和一个行窃而又杀人的人判处同样的刑罚，那就是很大的错误。为了公共安全起见，处罚必须要有区别，例如：“在中国，抢劫而又杀人处凌迟，对其他抢劫就不这样，因为有这个区别，所以在中国抢劫的人不常杀人。在俄罗斯，抢劫和杀人的刑罚是一样的，所以抢劫之经常杀人，它们说：马克思也指出：“如果犯罪的概念有惩罚，那么实际的罪行就要有一定的尺度。实际的罪行是有界限的。因此，就是为了使惩罚成为实际的，惩罚也应该有界限，——要使惩罚成为合法的惩罚，它就应该受到法的原则的限制。任务就是要使惩罚成为真正的犯罪后果。"惩罚在罪犯看来应该是他的行为的必然结果，——因而也应该是他本身的行为。他受惩罚的界限应该是他的行为的界限。”

罪责刑相适应原则是指刑罚轻重要与罪行大小相称的原则，表明刑罚与犯罪的相互关系。它的具体要求是，在立法上，重罪规定重刑，轻罪规定轻刑；在司法上，重罪重判，轻罪轻判。但是，如何确定罪行的大小呢？从主客观相统一处罚，一在客观上，要确定行为的社会危害性的程度；二在主观上，要确定行为人的人身危险性的程度。因此，归根结底，罪刑相当就是说刑罚轻重要与行为的社会危害性、行为人的人身危险性相适应。

在确定行为社会危害性程度的基础上，按照刑法规定的罪状和法定刑，依法惩处。行为人的人身危险性，对于定罪量刑都具有重要影响，比如行为人是否构成累犯，有无自首、立功情节，犯罪动机、手段、一贯表现等等，依法决定刑罚。这样，兼顾犯罪的社会危害程度和犯罪人的人身危险程度，就可以做到定性准确、量刑

适当，罪刑相称，罚当其罪，避免轻罪重判或者重罪轻判。

当然，罪刑相当也不是罪刑的机械对应。今天全世界的司法机构量刑的机制，都不可能做到把罪与刑全部量化的程度。即使能够量化，也做不出罪与刑的对照表。西方司法实践上，多强调法官自由裁量的权力。自由裁量，不是任意裁量，而是一种全面衡量犯罪和刑罚的轻重的机制。我们国家的刑事司法体系，也并不排除法官的自由裁量。自由裁量本身不是一件坏事，自由裁量的人却不一定不是一个坏人。如果法官是一个公正的法官，必然能够执行一部公正的法律，在公正的理念上，作出公正的裁判。罪与刑不可能也不需要预先放在一起，认为这是最公正的。

四、适用刑法人人平等原则

法律面前人人平等是社会主义法制的一个基本原则。宪法规定，任何组织或者个人都必须遵守宪法和法律，都不得有超越宪法和法律的特权，一切违反宪法和法律的行为，必须予以追究。这个原则，在刑法中具有最重要的意义。因此，我国刑法把它列为基本原则之一。

公民在法律面前不平等，古往今来都在刑法的立法尤其是司法上突出地体现出来。“古时的法国法律对贵族犯罪的惩罚，只是剥夺他们的特权；体罚只适用于不属于贵族的各等级和农奴。后来，僧侣由于自己的特权也被免除了这种惩罚；这样一来，使被判处死刑者的家属受到羞辱的偏见，还会遇到什么阻碍呢?它所损害的，只是世世代代受到最残酷和最无耻的奴役的那一部分人民。"绞架使平民的亲属永远蒙受耻辱，而砍掉显贵人物头颅的大刀，却不给他的后裔带来任何污点。”(罗伯斯庇尔《革命法制与审判》，商务印书馆 1979 年版)为了反对封建特权和封建司法专横，1789 年 8 月法国《人权和公民权宣言》声称：“不论是保护还是处罚，法律对全体公民应该一视同仁；在法律面前人人平等。”正式提出了法律面前人人平等的口号。但是，这个口号所包含的内容，在各国司法实践中，是不能完全得到贯彻的。

我国古代的法律，基本上都是建立在不平等的基础之上的。尽管在先秦时期法家就曾主张刑无等级，法不阿贵，但是，秦、汉时期已经形成议、请的特权制度。三国时期就将体现贵族官僚特权的八议载入《新律》，对八类具有特权身份的人物犯罪，在诉讼中规定了法定的特权。在晋及南北朝各国修律时，一直沿用八议的内容，并加以完善。除了严重危及统治阶级利益的十条重罪，不在八议论赎之限外，其他犯罪的追诉中，都要维护贵族的特权地位。在唐及以后，法律中更是公开地、系统地、稳定地为贵族、官僚确认了等级特权，形成了完备的议、请、减、赎、官当制度。中国法律传统中，就存在着法律面前不平等的因子。

在我国法律理论史上，公民在法律上一律平等的主张早已有之。战国时期的著作《管子·法法》中提出“君臣上下贵贱皆以法”的口号。商鞅则提出“壹刑”的主张：“刑无等级，自卿将军以至大夫庶人，有不从王令、犯国禁、乱上制者，罪死不赦。有功于前，有败于后，不为损刑；有善于前，有过于后，不为亏法。忠臣孝子有过，必以其数断。”

在我国，也面临着不平等的现实。有的人凭借自己的身份、地位、权势、金钱，犯了罪也可以逃避法律制裁。这种现象尽管所占比例很小，但是在人民中间影响极坏，对于刑法在我国的普遍公正实施造成的严重威胁。强调适用刑法人人平等原则，具有重大的现实意义，和深远的历史意义。正如邓小平所说：“越是高级干部子弟、越是高级干部、越是名人，他们的违法事件越要抓紧查处，……高级干部在对待家属、子女违法犯罪的问题上必须有坚决、明确、毫不含糊的态度，坚决支持查办部门，不管牵涉到谁，都要按照党纪、国法查处。”1982 年《中共中央、国务院关于打击经济领域中严重犯罪活动的决定》中指出：“对严重破坏经济的罪犯，不管是什么人、不管他属于哪个单位、不论他的职务高低，都要铁面无私、执法如山，决不允许有丝毫例外，更不允许任何人袒护、说情、包庇。如有违反，无论是谁，一律要追究责任。”

因此，我国宪法明文规定，中华人民共和国公民在法律面前一律平等。人民法院组织法规定：“人民法院审判案件，对于一切公民，不论民族、种族、性别、职业、社会出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期

限，在适用法律上一律平等，不允许有任何特权。”人民检察院组织法第 8 条规定：“各级人民检察院行使检察权，对于任何公民，在适用法律上一律平等，不允许有任何特权。”在这里，一切公民、任何公民，是指一切具有中华人民共和国国籍的人，既包括广大人民群众，也包括各种违法犯罪分子。

尽管刑法规定的是适用刑法人人平等原则的表述，但是根据我国刑法的立法精神，还应当包括对法人在适用法律上的一律平等。宪法第 5 条规定：“一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为，必须予以追究。任何组织和个人都不得有超越宪法和法律的特权。”

适用刑法人人平等原则，要求对任何公民，不论其民族、种族、性别、职业、家庭出生、教育程度、财产状况等有何不同，都应当一律平等地适用刑法的有关规定。如果其行为构成犯罪的，都必须依法追究刑事责任；凡是未构成犯罪的，都不受刑事追究，其合法权益都同等地受到法律保护。具体包含两个方面的要求，一个是立法方面的，一个是司法方面的。

在立法方面，表现为无论任何公民，相同性质的犯罪行为应当规定相同程度的刑事责任，不得明示或者暗示、形式上或者实质上使某类公民在刑事责任上享有特权。在封建时代，在法律上明文规定等级制度，实行公开的不平等。这已经成为历史记录。现在不实行等级制度，并不排斥刑法对于某些处于特殊地位或者具有特殊身份的人员在刑事责任上做出从严或者从宽的规定，这些规定往往是从公民在犯罪中的刑事责任的轻重不同出发，更好地体现了公民在适用法律上一律平等的原则。

在司法方面，刑法涉及到两个动态的过程：一是定罪，二是量刑。在定罪当中，适用刑法人人平等原则首先表现为，不得由于行为人的身份、地位，而采取不同的犯罪标准，故意出入人罪。无论任何公民的危害行为，在刑法上规定构成犯罪的，则都应当宣布有罪；在刑法上规定不构成犯罪的，则都应当宣布无罪。对于任何公民，不得把有罪定为无罪，或者把无罪定为有罪。这样一方面就会放纵犯罪分子，另一方面则会陷害无罪的公民，制造错案、假案、冤案。其次，定罪中，还要严格遵循刑法规定的有关犯罪及其构成要件，符合哪个罪的构成要件，就定哪个罪；符合哪个刑法条文，就适用哪个刑法条文。不得由于行为人的身份、地位，而故意枉法裁判，把犯有重罪的人，定为轻罪；这也是实践中常见的舞弊方法之一。

在量刑当中，适用刑法人人平等原则表现为，量刑要以犯罪事实为根据，以刑法规定为准绳，不得以犯罪人的身份、地位、权势、金钱为转移。实践当中，往往难以避免的是，有些司法工作人员在量刑时，不能把握事实和法律这两个尺度，而为犯罪人尤其是具有一定权势、金钱的犯罪人所左右，有的是自身不能站在公平、正义的立场；有的是迫于压力，无法独立行使职权，结果都是轻罪重判，或者重罪轻判。真正实行适用刑法人人平等原则，就要去除所有这些症结。

总之，适用刑法人人平等原则，是对司法机关及其工作人员的要求，也是刑法得到一体遵循的需要。“治者要公平，公民要服从”（西塞罗）。这是辩证统一的两个方面。如果不能够确立公平的立法和司法原则，公民对我们的法律丧失信心是必然的结果。

第三节　刑法的效力范围

一、刑法的空间效力

(一)刑法空间效力的概念

刑法的效力范围，是指刑法在空间上和时间上的适用范围，即刑法在什么地方，对于什么人和在什么时间内具有法律效力。刑法的效力范围包括刑法的空间效力和时间效力两个方面的内容。

刑法的空间效力，是指刑法在什么地方，对什么人有效。它解决的是国家的刑事管辖权的问题。刑事管辖权是国家主权的组成部分。一个独立自主的国家，无不在刑法中对刑法的空间效力做出规定。关于刑法的空间

效力范围，各国刑法规定不尽相同，理论上主张也有多种，概括起来，大体上有以下几种：

1.领土原则。主张凡是发生在国家领土内的一切犯罪活动，都受这个国家的法律所管辖。这是由于属地最高权而产生的刑事管辖权，所以，也称属地原则。这是刑事管辖权最古老的国际法原则，也是一切法治国家行使刑事管辖权的最基本原则。

2.国籍原则。国籍原则是由于属人最高权而产生的刑事管辖权，因此又称属人原则。由于这个原则的适用，一个人如在外国犯罪，就要受到双重的刑事管辖权的管辖，即一方面要受到所在国由于数地最高权而产生的刑事管辖权的管辖，另一方面又要受到其本国由于属人最高权而产生的刑事管辖权的管辖。对于双重刑事管辖权问题的处理，各国刑法有两种不同的规定：一种是规定它们的刑法全部适用于它们在国外的公民的犯罪行为(如荷兰、印度等国家)；另一种规定其刑法只部分地适用于其在国外公民的犯罪行为(如英国、美国、日本等国家)。我国刑法的规定属于第二种，只规定对最高刑为三年以上有期徒刑的犯罪才行使刑事管辖权(《刑法》第 7 条)。

3.安全原则，又称保护原则。这个原则要求，在国外犯有危害这个国家的主权和安全的罪行的外国人，当其进入该国境内时，对其行使刑事管辖权。这个原则已经得到各国普遍承认。我国刑法采取了有限制的安全原则，规定外国人在我国领域外对我国国家或者公民犯罪，按我国刑法规定的最低刑为三年以上有期徒刑的可以适用我国刑法(《刑法》第 8 条)。

4.世界性原则。也称普遍管辖原则。主张无论犯罪地点属于哪个国家，犯罪人和受害者的国籍如何，只要有犯罪行为在世界上发生，任何国家都有权根据本国的刑法加以惩罚。世界上只有极少数国家的刑法采取该种规定(如意大利)。

5.永久居所或营业地原则。这是本世纪 60 年代以后才发展起来的一个行使刑事管辖权的原则。关于制止危害国籍民用航空安全的《东京公约》、《海牙公约》和《蒙特利尔公约》首先引入这个原则。例如《东京公约》第 4 条第 2 款规定，如果犯罪人或者受害人在一个缔约国有永久居留权，那么该缔约国对这类犯罪案件也有刑事管辖权。这是对刑事管辖权的国际法原则的新发展。现在有的国家刑法已经开始采用这一原则。1978 年以色列刑法修正案第 1 条规定，在以色列有居所的人在国外犯罪，以色列对其有刑事管辖权。

(二)我国刑法对地域的效力

我国刑法第 6 条规定：“凡在中华人民共和国领域内犯罪的，除法律有特别规定的以外，都适用本法。”(第一款)“凡在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的，也适用本法。”(第二款)“犯罪的行为或者结果有一项在中华人民共和国领域内发生的，就认为是在中华人民共和国领域内犯罪。”(第三款)如何理解上述有关我国刑法对地域的效力的规定？应该从以下几个方面着手：

1.对领域的理解。所谓领域包括领陆、领水、领空和底土。①领陆包括边界以内的陆地领土和岛屿。1992 年 2 月 25 日通过的《中华人民共和国领海及毗连区法》第 2 条第 2 款规定，中华人民共和国的陆地领土包括中华人民共和国大陆及其沿海岛屿、台湾及其包括钓鱼岛在内的附属各岛、澎湖列岛、东沙群岛、西沙群岛、中沙群岛、南沙群岛及其他一切属于中华人民共和国的岛屿。②领水包括领海和内水。《中华人民共和国领海及毗连区法》第 3 条第 1 款规定，中华人民共和国领海的宽度从领海基线量起为 12 海里。内水包括内河、内湖、内海以及同外国之间界水的一部分，这一部分通常以河流中心线为界，如果是可通航的河道，则以主航道中心线为界。③领空是指领陆和领水的上空，只及空气空间，大约在 100-110 公里的高度以下，不及外层空间。④底土是指领陆和领水以下、地心以上的底土。因此，可以说，中华人民共和国的领域，内括陆地，外及领海，上及领空，下及地心。

2.对“法律有特别规定的以外”的理解。所谓特别规定，主要是指：①享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任问题，按照刑法第 11 条的规定，通过外交途径解决。②中华人民共和国成立以后，本法施行以前的行为，如果当时的法律不认为是犯罪的，适用当时的法律；如果当时的法律认为是犯罪的，依照本法总则第 4 章第 8 节的规定应当追诉的，按照当时的法律追究刑事责任，但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的，适用本法

（刑法第 12 条第 1 款）。③民族自治地方不能全部适用本法规定的，可以由自治区或者省的人民代表大会根据当地民族的政治、经济、文化的特点和本法规定的基本原则，制定变通或者补充的规定，报请全国人民代表大会常务委员会批准施行（刑法第 90 条）。④香港、澳门特别行政区法律的特别规定。根据《中华人民共和国香港特别行政区基本法》和《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》的规定，我国刑法不适用于香港特别行政区和澳门特别行政区。但是当全国人民代表大会常务委员会决定宣布战争状态或者因香港或者澳门特别行政区内发生特别行政区政府不能控制的危及国家统一或者安全的动乱而决定香港或者澳门特别行政区进入紧急状态时，《中华人民共和国刑法》将适用于香港或者澳门特别行政区。⑤刑法实施中，国家立法机关制定的单行刑法和附属刑法另有特别规定的，适用该特别规定。

3.对在船舶或者航空器内犯罪的理解。船舶或者航空器，称之为拟制领土，并非实际领土。至于船舶或者航空器。为国有或者私有，为民用或者军用，在所不问。又因船舶或者航空器，既可能处于停止状态，也可能处于航行状态，所以又称之为浮动领土。当我国船舶或者航空器航行或者停止在我国领水、领空或者公海、公空时，我国享有排他的刑事管辖权。当犯罪发生于处于外国领水或者领空的我国船舶或者航空器内时，或者当犯罪发生于处于我国领水或者领空的外国船舶或者航空器内时，我国与该国可能发生刑事管辖权的冲突，应协商解决。

4.对于犯罪地的确定问题。犯罪地是指发生犯罪的地域。一般情况下，犯罪行为与结果所发生在同一国家领域内，犯罪地的判断当无疑问。但是行为与结果分别发生于异国领域时者，也不乏其例。这种情况下，行为地与结果地都视为犯罪地。出于打击犯罪，维护国家主权的考量，行为地或者结果地为中国领域内的，我国都有刑事管辖权。

5.对“本法”的理解。有人认为刑法第 3 条规定的我国刑法对地域的效力范围，所讲的“适用本法”，讲的是广义的刑法，即中国刑法；刑法其他各条规定的“适用本法”也为如此含义。我们认为这种理解不妥。从逻辑上说，“本法”只能理解为本刑法典。从法条上说，刑法第 101 条规定，本法总则适用于其他有刑罚规定的法律，但是其他法律有特别规定的除外。是为应证。由此可见，第 101 条的规定解决了其他有刑罚规定的法律的刑事管辖权问题，按“本法总则”的规定处理，除非该法律有特别规定。

(三)我国刑法对人的效力

1.我国刑法对我国公民的效力

我国公民，是指具有中华人民共和国国籍的自然人。我国刑法对我国公民的效力包括两种情况：

一是我国公民在我国领域内犯罪的，一律适用我国刑法。

二是我国公民在我国领域外犯罪的，适用我国刑法，但是按照我国刑法规定的法定最高刑为三年以下有期徒刑的，可以不予追究。中华人民共和国国家工作人员和军人在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法。（刑法第 7 条）。这里的法定最高刑，在一条仅有一个量刑幅度的情况下，最高刑为整个条文的最高刑；例如故意杀人罪，有两个量刑幅度，一个是处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑，最高刑是死刑；一个是情节较轻的，处三年以上十年以下有期徒刑，最高刑是十年有期徒刑。

2.我国刑法对外国人的效力

外国人，是指具有外国国籍的人和无国籍人。我国刑法对外国人的效力可分为以下两种情况：

一是外国人在我国领域内犯罪的，适用我国刑法，但是，享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任问题，通过外交途径解决。

这一规定是从我国司法主权的角度做出。我国是一个独立自主的国家，司法权也是完全独立的。在我国主权范围内，外国人、无国籍人都必须遵守我国的法律、法规及有关规定，它们的一切民事、行政、刑事诉讼案件均由我国司法机关依法处理。我国宪法第 32 条规定：“中华人民共和国保护在中国境内的外国人的合法权利和利益，在中国境内的外国人必须遵守中华人民共和国的法律。”1985 年 11 月 22 日第六届全国全国人大常委会第

13 次会议通过的《中华人民共和国外国人入出境管理法》第 4 条又具体规定：“中国政府保护在中国境内的外国人的合法权利和利益。”同时，在该法第 5 条规定：“外国人在中国境内，必须遵守中国法律，不得危害中国国家安全、损害社会公共利益、破坏社会公共秩序。”在中国领域内实施犯罪的外国人犯罪追究刑事责任，当然适用中国的实体法和程序法。

另外对于享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任问题，通过外交途径解决。这里需要明确两个问题：①享有外交特权和豁免权的外国人。所谓外交特权和豁免权，是指按照国际法或者有关协议，在平等互惠的前提下，为使一国外交代表在驻在国能够有效地执行职务，而由驻在国给予的特别权利和优惠待遇。根据国际惯例和国际条约，享有外交特权和豁免权的人不受接受国的刑事管辖。根据我国加入的 1961 年《维也纳外交关系公约》和 1985 年《中华人民共和国外交特权与豁免条例》的有关规定，享有外交特权和豁免权的外国人，主要是指外交代表、使馆行政技术人员及与他们共同生活的配偶、未成年子女；来访的外国国家元首、政府首脑、外交部长及其他同等身份的官员等。至于参加联合国及其专门机构召开的国际会议的外国代表，临时来中国访问的联合国及其专门机构的官员和专家、联合国及其专门机构的代表机构和人员，按中国加入的有关国际公约和签订的有关协议，事实上也享有外交特权和豁免权，其中包括刑事管辖豁免。②享有外交特权和豁免权的外国人虽然享有刑事管辖豁免等特权，他们的犯罪不适用我国刑法，但是这并不意味着他们的行为不构成犯罪，只是追究其刑事责任的途径不同而已。因此，他们来华，应当尊重和遵守我国的法律。《维也纳外交关系公约》第 41 条第 1 项规定：“在不妨碍外交特权与豁免之情形下，凡享有此项特权与豁免之人，均负有尊重接受国法律规章的义务。此等人员并负有不干涉该国内政的义务。”享有外交特权和豁免权的外国人在我国领域内犯罪，只能通过外交途径解决。《维也纳外交关系公约》第 9 条规定：“一、接受国得随时不具解释通知派遣国宣告使馆馆长或使馆任何外交职员为不受欢迎人员或使馆任何其他职员为不能接受。遇有此情形，派遣国应斟酌情况召回该员或终止其在使馆中之职务。任何人员得于其到达接受国国境前，被宣告为不受欢迎或不能接受。二、如派遣国拒绝或不在相当期间内履行其依本条第一项规定所负义务，接受国得拒绝承认该员为使馆人员。”在此种情况下，则外交特权与豁免权失效。所以，享有外交特权与豁免权的外国人的刑事责任问题，通过外交途径解决，并非绝对。

二是外国人在我国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪，而按本法规定的最低刑为三年以上有期徒刑的，可以适用本法，但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外(刑法第 8 条)。

3.我国刑法对法人的效力

刑法第 30 条规定：“公司、企业、事业单位、机关、团体为实施的危害社会的行为，法律规定为单位犯罪的，应当负刑事责任。可见，我国刑法规定了法人犯罪，自然存在对法人的效力的问题。刑法对法人犯罪的效力，应当解决如下两个问题：①法人国籍的特殊性。法人可分为中国法人与外国法人。凡在我国批准登记设立的，属于中国法人；否则，为外国法人。对中国法人与外国法人的效力，分别采取对中国公民与外国人的效力的原则加以解决。②我国刑法对刑法的效力的双重性。由于法人犯罪是法人系统整体犯罪，是一个犯罪，两类犯罪主体，即法人主体和自然人主体(法人内部的领导人员、主管人员或者其他直接责任人员)。因此，刑法对法人的效力，除了对法人的效力外，还有对自然人的效力，表现为双重性。这样，很可能出现对两种犯罪主体的效力不相同的情况，即法人国籍与自然人国籍不同，则应分别确定。

最后，需要注意的是刑法第 10 条的规定，即“凡在中华人民共和国领域外犯罪，依照本法应当负刑事责任的，虽然经过外国审判，仍然可以依照本法追究，但是在外国已经受过刑罚处罚的，可以免除或者减轻处罚。”这一规定涉及到四个方面的问题。一是世界各国普遍采取的一事不再理原则。该原则既适用于本国法院对于同一行为的判决，也适用于外国法院对同一行为的判决。我国对于刑事案件也采取一事不再理原则，但是只适用于我国司法机关对同一行为的处理。对于外国法院的判决，原则上不予承认，不具有与本国判决同等的效力。二是国家在司法管辖上的主权原则。本条规定确立了我国原则上不承认外国法院对于违反我国刑法的犯罪行为

的判决的法律效力。也就是说在刑事管辖方面否定了一事不再理原则。三是考虑犯罪人在外国所受的刑事处罚的事实，从人道主义出发，予以适当照顾，而规定可以免除或者减轻处罚。四是这一规定毕竟属于国内法上的规定，并不排除我国在有关国际条约中与其他国家就刑事司法协助、相互承认刑事判决做出承诺。当然，尽管我国已经在国际条约中大量地承诺相互承认与协助执行民事判决，但是由于刑事犯罪的追诉具有特殊性，所以在刑事司法协助和相互承认判决刑事判决上，进展缓慢。

4.我国刑法的普遍管辖权

我国刑法的普遍管辖权来源于国际法。为了有效制止危害国际社会利益的国际犯罪，在联合国及有关国际组织的主持下，先后制定了许多有关制止国际犯罪的国际条约。我国已缔结或参加多个这类国际条约，例如 1963 年于东京签订的《关于在航空器内犯罪和其他有关行为的公约》，1970 年 1 月 16 日于海牙签订的《关于制止非法劫持航空器罪的公约》，1971 年 9 月 23 日于蒙特利尔签订的《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》，1973 年联合国通过的《关于防止并惩治种族隔离罪行的国际公约》，1973 年 12 月 14 日联合国通过的《关于防止和惩处应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》，另外还加入了《禁止或者限制使用某些可被认为具有过分杀伤力或滥伤作用的常规武器公约》、《核材料实体保护公约》、《反对劫持人质国际公约》等等，我国承担了这些条约的义务。为此，1987 年 6 月 23 日，全国人大常委会《关于对中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行行使刑事管辖权的决定》，规定了我国刑法的普遍管辖权。刑法第 9 条将普遍管辖权的内容正式加以确定，为我国履行国际条约规定的国际义务提供了国内法依据，是我国刑法空间效力范围的重要发展。

刑法的普遍管辖，是指对于某些犯罪不论犯罪行为发生在何地，犯罪人和被害人是哪国人，也不问被侵害利益的归属如何，都有权适用本国刑法，行使管辖权。根据我国刑法的规定，我国行使刑事管辖权的犯罪必须具备两个条件：一、必须是中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行。这些国际罪行，主要是指一些性质严重的国际性的犯罪，例如反和平罪、战争罪、反人道罪、非法使用武器罪、劫持航空器罪、劫持人质罪等等。二、必须是在我国所承担的条约义务的范围内。我国所承担的条约义务，主要是指在我国缔结或者参加的国际条约中，同意承担的条约义务。我国明确提出保留的条款所规定的义务，不在我国所承担的条约义务的范围内。对于符合上述两个条件的犯罪，不论其属于何国人或者无国籍人，在何处犯罪，犯罪所侵害的利益归属何国，只要他进入我国领域，我国就有权依照我国刑法的有关规定追究刑事责任。

二、刑法的时间效力

(一)刑法的时间效力的概念

刑法的时间效力，是指刑法在时间上的适用范围，即刑法的生效时间、失效时间以及对刑法生效前的行为是否适用，即是否具有溯及效力。

1.刑法的生效时间，是立法机关根据惩治犯罪的紧迫性、法律适用的适应性，对人民群众的普及性等而便宜行事的。从我国立法实践来看，确定生效时间基本有两种情况：①从公布之日起生效。例如，1951 年 4 月 19 日中央人民政府政务院公布的《妨害国家货币治罪暂行条例》第 11 条规定：“本条例自公布之日施行。”②在公布一段时间后再生效。例如，现行刑法，于 1979 年 7 月 1 日全国人大五届二次会议通过，1979 年 7 月 6 日公布，1980 年 1 月 1 日生效，修订后的刑法于 1997 年 3 月 14 日通过，同日公布，1997 年 10 月 1 日始生效。

2.刑法的失效时间，是指刑法效力的终止。通常有两种情况：①由立法机关明确宣布法制。从宣布之日起该项法律失效。如 1997 年刑法修订时，通过两个附件，第一个附件中，宣布 15 个条例、补充规定或者决定从修订后的刑法实施之日起废止，即为失效时间。②自然失效，即由于新法优于旧法，旧法内容已经为新法取代，旧法自然失效；或者由于立法背景变化旧法存在已经没有时代基础，自然失效。如 1979 年刑法为 1997 年刑法所取代，虽无需明示废止，但是属于默示取代。

3.刑法的溯及效力。刑法的溯及效力是指刑法溯及既往的效力，是指新的刑法生效后，对于它生效前的未

经审判或者判决尚未确定的行为具有效力。如果新法不能适用于其生效前的未经审判或者判决尚未确定的行为，那么该法无溯及效力。对于刑法的溯及效力的有无，各国通常主要有以下处理方法：①从旧原则，即适用行为时的法律，新法无溯及效力；②从新原则，即适用新法，新法有溯及效力；③从新兼从轻原则，新法有溯及效力，但是如果旧法较新法为宽，则依照旧法；④从旧兼从轻原则，适用旧法，新法无溯及效力，但是如果新法较旧法为宽，则依照新法。我国刑法采取的是从旧兼从轻原则，这也是各国通例。

我国刑法第 12 条规定 :“中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为，如果当时的法律不认为是犯罪的，适用当事的法律；如果当时的法律认为是犯罪的，依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的，按照当时的法律追究刑事责任，但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的，适用本法。本法施行以前，依照当事的法律已经做出的生效判决，继续有效。”从这一规定中可以看出，我国刑法对于中华人民共和国成立以后，至 1997 年 10 月 1 日刑法生效实施以前尚未处理的或者正在处理的案件，是采取从旧兼从轻原则。具体地说，有以下三种情况：

第一，行为时的法律不认为是犯罪的，适用当时的法律，即使现行刑法认为是犯罪，也不能据此追究行为人的刑事责任。

第二，行为时的法律与现行刑法均认为是犯罪，且未超过追诉时效期限的，适用当时的法律，但是如果现行刑法法定刑较轻的，则适用新法。

第三，行为时的法律认为是犯罪，而现行刑法不认为是犯罪的，适用现行刑法，不认为是犯罪。

思考题：

1.什么是广义刑法和狭义刑法？
2.什么是刑法解释，其种类有哪些？
3.如何理解罪刑法定原则？其派生原则有哪些？
4.如何理解我国刑法的效力范围？
5.如何理解我国刑法在溯及力问题上采取的从旧兼从轻原则？

参考书目：

1、王作富主编：《刑法》，中国人民大学出版社，1999 年 12 月第 1 版。
2、何秉松主编：《刑法教科书》，中国法制出版社，1997 年 12 月第 1 版。
3、杨春洗、杨敦先主编：《中国刑法论》，北京大学出版社，1998 年月第 2 版。
4、陈兴良著：《刑法哲学》，中国政法大学出版社，1997 年 8 月第 1 次修订版。
5、阮齐林主编：《刑法总论案例教程》，中国政法大学出版社，1999 年 5 月第 1 版。
6、贝卡里亚著：《论犯罪与刑罚》，中国大百科全书出版社，1993 年 6 月第 1 版。

第二章　犯罪的概念与犯罪构成

教学目的与要求：让学生全面掌握我国刑法中犯罪的概念、特征和犯罪构成的概念。让学生一般了解犯罪概念；犯罪构成的意义。

教学重点：我国刑法中犯罪的概念及其基本特征；犯罪构成的概念与特征；犯罪的概念与犯罪构成的联系与区别；犯罪构成的共同要件。

教学难点：犯罪的概念与犯罪构成的联系与区别。

教学方法：讲授

学　时：2 学时（第 2 周）

第一节　犯罪的概念与特征

一、犯罪的概念

犯罪概念是对犯罪的各种内在外在特征的高度概括。犯罪定义一般由刑法典加以明文规定，但也有少数国家在刑法典中没有规定犯罪定义。从现行世界各国的立法情况来看，关于犯罪概念的规定，可以分为下列三种类型：

1.形式定义。形式定义仅仅体现了犯罪的法律特征，而不揭示犯罪的本质特征。例如 1810 年《法国刑法典》规定："法律以违警刑所处罚之犯罪，称违警罪。法律以惩治刑所处罚之犯罪，称轻罪。法律以身体刑法或者名誉刑所处罚之犯罪，称重罪。"

2.实质定义。实质定义是从犯罪的本质特征上给犯罪下定义，而不涉及犯罪的法律特征。例如 1922 年《苏俄刑法典》规定："威胁苏维埃制度基础及工农政权向共产主义过渡时期所建立的法律秩序的一切危害社会的作为和不作为，都认为是犯罪。"

3.形式与实质相统一的定义。由于犯罪的形式定义或者实质定义只强调犯罪特征的一个方面，而对于另一个方面毫无涉及，因此都未能对犯罪的概念进行全面的归纳，都是不科学的。这样才出现了法律特征与本质特征相统一的犯罪定义。例如 1960 年《苏俄刑法典》规定："凡本法典分则所规定的侵害苏维埃的社会制度和国家制度，侵害社会主义经济体系和社会主义所有制，侵害公民的人身、政治权、劳动权、财产权以及其他权利的危害社会行为(作为和不作为)，以及本法典规定的其他各种侵害社会主义法律秩序的危害社会行为，都认为是犯罪。"

我国刑法规定的犯罪定义，是形式与实质相统一的定义："一切危害国家主权、领土完整和安全，分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度，破坏社会秩序和经济秩序，侵犯国有财产和劳动群众集体所有的财产，侵犯公民私人所有的财产，侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利，以及其他危害社会的行为，依照法律应当受刑罚处罚的，都是犯罪，但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。"

这个定义，揭示了犯罪区别于非犯罪行为的实质特征和法律特征。

二、犯罪的特征

犯罪的基本特征包括以下几个方面：

（一）犯罪是危害社会的行为，即具有社会危害性。这是犯罪的本质特征。

犯罪是一种行为，因此它具有行为的一般特征。单纯的思想没有外化为行为，固然不是行为；而单纯的行动、动作没有意识、意志的支配，也不成其为行为，当然不会构成犯罪。但是行为表现方式。则有作为和不作为，都不影响其作为行为的地位。犯罪作为一种行为，必须要符合行为的一般特征。有人认为行为是主客观两个方面属性的统一，也有人认为行为是由主客观诸因素组成的有机整体，这些表述虽异，但其内在的精神是一样的，表明行为乃至犯罪都不是单纯思想，也不是单纯动作。

传统上，行为往往是指自然人的行为，犯罪也仅指自然人犯罪。然而，随着社会的发展，法人以人格化的社会系统而参与法律关系，也有思想支配下的行动，即行为，所以也能构成犯罪。

犯罪是危害社会的行为，即具有社会危害性。社会危害性表现为对于我国刑法所保护的法益的侵害。犯罪的社会危害性揭示了犯罪作为行为所必须具备的性质，也就是它在社会中的负价值。刑法第 13 条概括了犯罪的社会危害性的主要表现，可以归纳为四个方面：①侵害国家法益，危害国家主权、领土完整和安全，分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度；②侵害社会法益，即破坏社会秩序；③侵害经济和财产法益，即破坏经济秩序，侵犯国有财产和劳动群众集体所有的财产，侵犯公民私人所有的财产，④侵害公民个人权利，即侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利，等等。

如果行为不具有社会危害性，就不能认为是犯罪。行为虽然具有一定的社会危害性，但是情节显著轻微危害不大的，也同样不认为是犯罪。

（二）犯罪是违反刑法的行为，即具有违反刑法性。

犯罪是违反刑法的行为，这是罪刑法定原则的要求。刑法加以明文规定的行为，才能构成犯罪，才能受到刑罚处罚。只有行为符合刑法明文规定予以刑罚处罚的犯罪，才能认为是犯罪。

违反刑法性，还表明犯罪的社会危害性在刑法上有相应的表现，即刑法上认为达到该种社会危害程度的行为，才能予以刑罚处罚。如果一个行为的社会危害性仅仅具有违反民事法律、经济法律、行政法律的内容和程度，就不能以刑法上的制裁方法加以处罚，就不是犯罪行为。例如盗窃少量公私财物的并且情节也较轻的，属于违反治安管理处罚条例的行为，只有盗窃数额较大或者有其他严重情节的，才构成刑法中的盗窃罪。一般的干涉婚姻自由的行为，属于违反婚姻法的行为，而暴力干涉婚姻自由的，则是刑法所禁止的犯罪行为。可见，只有当危害社会的行为达到触犯刑法的程度时，才能构成犯罪。行为的社会危害性是刑事违法性的基础；刑事违法性是社会危害性在刑法上的表现。

（三）犯罪是应受刑罚处罚的行为，即具有应受处罚性。

有罪必有罚，两者相伴，古今同之。在犯罪的概念中，把应受刑罚处罚的性质包含在内，已经得到了普遍的认同。马克思说：“如果犯罪的概念要有惩罚，那么实际的罪行就要有一定的惩罚尺度。”黑格尔认为：“犯罪行为不是最初的东西，肯定的东西，刑罚是作为否定加于它的；相反地，它是否定的东西；所以刑罚不过是否定的否定。”在今天，有罪不罚，是徇私枉法；有罚而无罪，也是徇私枉法。因此，犯罪必然受到刑罚处罚。至于非刑罚的处理方法，只是刑罚的补充或者替代，居于次要位置。任何其他违法行为，都不能够适用刑罚，而是采取相应的制裁方法。例如，民事违法行为要承担民事责任，如赔偿损失、返还财产、支付违约金等。行政违法行为要受到行政处罚，如罚款、行政拘留等，或者受到行政处分，如警告、记过、降职、撤职、留用查看、开除公职等。只有对于违反刑法的犯罪行为，才能适用刑罚处罚。

另外，刑法第 13 条的但书还对犯罪概念作了限制性的规定，即情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。适用这一但书规定，既要考虑行为的情节是否显著轻微，又要考虑行为的社会危害性的大小。如果情节显著轻微，危害不大的，就不构成犯罪。

第二节　犯罪构成

一、犯罪构成的概念

（一）我国的犯罪构成理论的历史发展

1．移植期

解放初期，在我国全面学习苏联的热潮中，全面地引进了苏联的犯罪构成理论，这在当时的历史条件下是完全必要的。因为我们在粉碎国民党的国家机器的同时，在全国开展了肃清旧法观点的运动，迫切需要一种新的马克思主义的法学理论来填补这种理论上的真空和指导我国的立法和司法工作。

最初，苏联的犯罪构成理论几乎是原封不动地直接成为中国的犯罪构成理论，各政法院系编写的刑法教材中的犯罪构成部分，毫无例外都是苏联犯罪构成理论的翻版，甚至有的例子也是照抄的。当时翻译出版的《苏联刑法总论》(大东书局 1950 年出版)，《苏维埃刑法总则》(法律出版社 1955 年出版)，《犯罪构成的一般学说》(中国人民大学 1957 年出版)以及《苏维埃刑法论文选译》一、二、三辑（中国人民大学 1957 年出版）以及来华任教的苏联专家的讲稿，都是我国犯罪构成理论的权威性知识来源。虽然有的学者对犯罪构成理论的某些问题进行了初步的有益的探索，但很难说有什么创造性的进展。

2．沉寂期

1957 年整风反右之后，犯罪构成理论受到了尖锐的批判和全面的否定，直到 1978 年十一届三中全会以前，整个刑法界无人再谈犯罪构成理论，它整整沉寂了二十多年。

3．发展期

十一届三中全会以后，特别是我国第一部刑法典颁布后，刑法理论进入了繁荣发展时期，在党的百花齐放百家争鸣方针的指引下，学术思想非常活跃，提出了许多有价值的理论观点和理论体系，犯罪构成理论作为刑法理论的核心和基础，更是受到人们的青睐。对犯罪构成理论的研究逐步深入，并取得不少可喜的成果。但是，这时候，在如何对待传统的犯罪构成理论和如何发展犯罪构成理论上，也开始出现了严重的意见分歧。一部分学者提出要打破传统犯罪构成理论的束缚，创立具有中国特色的犯罪构成理论；另一部分学者认为，我国目前的犯罪构成理论是科学合理的，因而，不应当破除，而应当维护。由此展开了关于犯罪构成理论发展的两条道路和两种方向的争论。

（二）犯罪构成的概念

犯罪构成与犯罪概念是两个既有密切联系又有明显区别的概念。

犯罪概念主要回答什么是犯罪的问题。它将犯罪这一社会现象的本质特征予以概括的抽象表述，和其他一切非犯罪的社会现象，特别是不道德行为，违纪行为和一般违法行为等社会现象的界限予以区别，但是这些区别界限都是概括的、不具体的。

犯罪构成则是在犯罪概念的基础上，考察某一危害行为在客观方面和主观方面是否具备了某种具体犯罪的构成要件，如果具备，犯罪就成立，行为人就得负刑事责任。所以，犯罪构成回答的是，应该具备哪些要件犯罪才能成立。

可见，犯罪构成与犯罪概念的关系，是抽象与具体的关系，犯罪概念从宏观上认识某一社会现象具有的犯罪本质特征，而犯罪构成则是从微观上确定某一具体的危害行为是否具备了某种犯罪构成的要件，如果具备了这些要件，某种犯罪也就成立，犯罪构成是具体衡量某一具体犯罪的标准，因此，犯罪构成在刑法理论中居于核心的地位。

所谓犯罪构成，是指刑法规定的，成立某一犯罪必须具备的主客观各方面要件的体系。

二、犯罪构成的特征

(一)犯罪构成是由主客观各方面要件组成的体系。任何犯罪都包括多个方面的要件，这些要件紧密联系，结合为一个体系，就是某种犯罪的犯罪构成。我国刑法分则规定的各种犯罪，比如放火罪、故意杀人罪、盗窃罪、贪污罪等等的犯罪构成，分别都是由多个方面的要件构成的体系。审述之，故意杀人罪是由下列要件组成的体系：(1)达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力的自然人；(2)主观上出于故意；(3)客观上实施了非法剥夺他人生命的行为；(4)行为的社会危害性主要表现在侵害了他人的生命权。这个体系的四个方面是不可分割的。每个方面的要件既不能脱离体系而独立存在，也不能相互割裂开来。如果把各个方面的要件互相割裂开来，或者把它们与体系割裂开来，那么任何一个要件就会丧失其在犯罪构成体系中的性能，就不能够再称之为故意杀人罪的构成要件。反之，犯罪构成体系也离不开各个方面的要件而存在，这些要件的质和量的变异，这些要件相互作用的形式的差别，决定了犯罪构成的性质。任何一个方面的构成要件的改变或者缺乏，都会导致故意杀人罪的成立丧失基础。

(二)犯罪构成是成立某一犯罪所必须具备的各个方面的要件构成的体系。犯罪构成中主客观各个方面的要件构成一个体系，其各个方面的要件又表现为特定的犯罪事实，即它的质和量都具有特殊的规定性。就其质而言，它是一种达到依法应受刑事惩罚程度的社会危害性；就其量而言，它表明该种犯罪与其他犯罪的社会危害程度在轻重上是有别的。在每一个案件中，并非所有的犯罪事实都是犯罪的构成要件，能够成为犯罪构成要件的，只是哪些具有特定意义的事实。举例言之，一日傍晚，某甲在马路上，遇到仇人某乙，便持刀追杀，连捅八刀，将某乙捅死。这个案件在事实上可以有许多描述，但是属于犯罪构成中的特定的事实的，只有下列四项：(1)某甲是达到刑事责任年龄，具有刑事责任能力的自然人；(2)某甲主观上是出于故意的心理态度；(3)某甲实施了把某乙打死的行为；(4)某甲的行为非法地剥夺了某乙的生命权。上述四项事实，决定了某甲的行为构成故意杀人罪，应当承担刑事责任，至于其他事实，并不决定故意杀人罪成立与否，因此就不是犯罪构成要件。归根结蒂，犯罪构成的特定犯罪事实，对犯罪构成有决定性的意义，这些特定的犯罪事实，说明了犯罪构成是一个由各个方面的要件构成的，某一行为成立犯罪必须具备的要件的体系。

(三)犯罪构成是由刑法规定的。某一犯罪具有多方面的事实，在这些事实中，哪些事实属于犯罪构成的要件，是由刑法规定的，犯罪事实只有经过法律的选择，才能成为犯罪构成的要件。刑法选取某些犯罪事实，作为犯罪构成的要件加以规定，这是由现代刑法倡导的罪刑法定原则所要求的。罪之法定，有一个方面就要求犯罪构成之法定。在刑法中规定的犯罪构成，具体反映在刑法总则和刑法分则中，是衡量某一行为是否构成某一具体犯罪的法律依据。

犯罪构成要件，就是组成犯罪构成这个体系的必要组成部分。这些要件是刑法所规定的。

在实际生活中，任何一种犯罪都是具体的，其犯罪构成也是具体的，刑法中关于犯罪构成的一般原理也是从各个具体的繁杂的犯罪构成中加以抽象和概括的，在刑法分则和其他刑法规范中都规定了各种犯罪的罪状，这是我们分析各种犯罪的构成要件的基础。对一切犯罪具有普遍意义的犯罪构成要件在总则中做了规定，这些都是我们分析掌握犯罪构成要件所必须遵循的。按照我国犯罪构成的一般原理，各种犯罪的构成要件虽然不尽相同，但是都必须同时具备以下几个方面的要件，犯罪才能成立。

一、犯罪客体，即犯罪主体的犯罪行为所侵犯的，为我国刑法所保护的法益。它说明某种犯罪行为危害了什么样的刑法所保护的法益。如国家安全、公共安全、公私财产、公民的人身权利、民主权利和其他权利等等。各种不同的犯罪，都侵害一定的客体，例如，盗窃罪的犯罪客体，是公私财产所有权；故意杀人罪的犯罪客体，是他人的生命权利。

二、犯罪客观方面，是指刑法规定的，犯罪活动的客观外在表现。它说明某种犯罪是在什么样的条件下，用什么样的行为使客体受到侵害。客观方面包括危害行为、危害对象、危害结果，以及犯罪的时间、地点和方

法等等。其中危害行为及其方式是任何犯罪构成都必须具备的要件，其他因素对构成某些特定的犯罪也是法律规定的不可缺少的要件。例如，盗窃罪的客观方面主要表现为秘密窃取公私财物的行为；故意杀人罪的客观方面主要表现为非法剥夺他人生命的行为。

三、犯罪主体，是指实施犯罪行为，并且依法应负刑事责任的人。犯罪主体可分为两种，一种是自然人主体，即指达到刑事责任年龄，具有刑事责任能力，实施了危害社会行为的有生命的人。这是所有自然人主体的共同要件，是犯罪构成的必备要件。例如，故意杀人罪的主体，必须是年满十四周岁、精神正常的人。另一种的法人主体，即指实施了危害社会行为的法人。例如，提供虚假的财务会计报告罪的主体，必须是公司。

四、犯罪主观方面，是指支配或者影响犯罪主体，实施犯罪行为的心理状态。这种心理状态包括犯罪的故意、犯罪的过失，以及有些犯罪要求有特定的目的作为必备要件，和与目的紧密相关的动机。犯罪的故意或者过失，是一切犯罪都必须具备的要件，目的、动机是选择性的要件。犯罪的故意和过失称为罪过。我国刑法中规定的绝大多数犯罪是故意犯罪，例如，盗窃罪的主观方面是窃取公私财物的故意，而故意杀人罪的主观方面是非法剥夺他人生命的故意。少数犯罪的主观方面是过失，例如失火罪、过失决水罪、过失爆炸罪、过失投毒罪、重大责任事故罪、违反危险物品管理规定肇事罪等等。在故意犯罪中，有些犯罪则要求具有特定的目的，例如制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品罪的主观方面，必须以牟利为目的。

以上四个方面的要件，以一定方式相互联系、相互作用、相互依存、相互制约，共同组成犯罪构成这个统一的不可分割的体系。其中任何一个方面的要件都不能离开这个体系，也不可离开其他要件而独立存在，体系如果没有了各个方面的要件，整体也就不复存在，或者体系中任何一个方面的要件的变化，都要引起这个整体上的变化。但是，在四个方面的要件当中，犯罪客观方面，即犯罪行为是整个犯罪构成的核心，正是有了犯罪行为才能把其他几个方面的要件联系在一起，组成犯罪构成的体系。这个体系的要求是，不能以单纯行为作根据的客观归罪，也不能以单纯思想定罪，更要反对以行为人的所谓人身危险性定罪，而只能是依据犯罪构成这一体系作为定罪的根据。

思考题：

1.如何理解我国刑法中犯罪的概念及其基本特征？
2.犯罪的概念与犯罪构成之间的联系和区别是什么？
3.有了犯罪的概念为什么还要研究犯罪构成？
4.犯罪构成的共同要件有哪些？

参考书目：

1、王作富主编：《刑法》，中国人民大学出版社，1999 年 12 月第 1 版。
2、何秉松主编：《刑法教科书》，中国法制出版社，1997 年 12 月第 1 版。
3、杨春洗、杨敦先主编：《中国刑法论》，北京大学出版社，1998 年月第 2 版。
4、陈兴良著：《刑法哲学》，中国政法大学出版社，1997 年 8 月第 1 次修订版。
5、刘生荣著：《犯罪构成原理》，法律出版社，1997 年 12 月第 1 版。
6、阮齐林主编：《刑法总论案例教程》，中国政法大学出版社，1999 年 5 月第 1 版。
7、贝卡里亚著：《论犯罪与刑罚》，中国大百科全书出版社，1993 年 6 月第 1 版。

第三章　犯罪客体

教学目的与要求：让学生全面掌握犯罪客体的概念、种类；犯罪对象的概念和它与犯罪客体的区别。让学生一般了解犯罪客体的意义。

教学重点：有关犯罪客体概念的几个主要观点；犯罪客体的分类；犯罪对象的概念；犯罪客体与犯罪对象的联系与区别。

教学难点：犯罪客体的分类；犯罪客体与犯罪对象的联系与区别。

教学方法：讲授

学　时：2 学时（第 2 周）

第一节 犯罪客体

一、犯罪客体的概念

犯罪客体，是我国刑法所保护的、为犯罪行为所侵害的社会关系。

犯罪客体是犯罪构成的必备要件。没有一个犯罪没有犯罪客体。犯罪之所以具有社会危害性，就是由犯罪行为所侵害的客体所决定的。侵犯的客体价值越大，犯罪的社会危害性也就越大。一个行为如果不侵害任何客体，不侵害任何社会关系，就意味着没有危害社会，也就没有构成犯罪。

犯罪行为将犯罪客体与犯罪主体联系起来，在犯罪构成这个有机整体中，如果离开了犯罪行为，就没有所谓犯罪客体。犯罪主体及其相互联系，也就不能组成犯罪构成这个有机整体。

具体理解犯罪客体的概念，应当注意如下几个方面：

(一)犯罪客体是一定的社会关系。

我国传统刑法中，把犯罪客体定义为为刑法所保护而为犯罪行为所侵害的社会主义社会关系。这一把犯罪客体定义为社会关系的概念，已经被许多学者所扬弃。在此基础上，有的学者提出了犯罪客体是刑法所保护而为犯罪行为所侵害的社会主义社会利益。把社会关系说发展为社会利益说。

(二)犯罪客体是我国刑法所保护的社会关系。

社会关系的范围是非常广泛的，国家各个法律部门，如民法、经济法、行政法以及伦理、道德都从不同的方面，在各自的领域内调整和保护着社会关系。刑法所保护的社会关系是非常广泛的，事实上，一切社会关系，当它受到严重危害时，都要以刑法加以保护。也就是说，某一具体的社会关系是否为刑法所保护，是根据它受到的侵害的严重程度来决定的。我国刑法第 13 条明确规定：国家主权、领土完整和安全，人民民主专政的政权和社会主义制度，社会秩序、经济秩序，国有财产和劳动群众集体所有的财产，公民私人所有的财产，公民的人身权利、民主权利和其他权利，以及其他社会关系，当它们受到犯罪的严重程度，也达到应由刑法加以保护时，它们成为犯罪客体。

(三)犯罪犯罪客体是犯罪行为所侵犯的社会关系。

社会关系作为单纯的客观存在，并不是犯罪客体。它未被犯罪行为所侵害时，就不能说是犯罪客体。可见，犯罪客体与犯罪行为是不可分割的，没有犯罪行为的侵害，也就谈不上犯罪客体的存在。在我国刑法中，有的条文明确规定了犯罪行为所侵害的客体。但是，大多数条文未明确规定犯罪客体。

二、犯罪客体的分类

根据犯罪客体所侵害的社会关系的范围不同，可以把犯罪客体分为一般客体、同类客体和直接客体。

一般客体，是指一切犯罪所共同侵害的客体。也就是我国刑法保护的所有的社会关系的整体。任何具体的犯罪不但侵害了特定的社会关系，但是从本质上讲，它也同时侵犯了整个社会关系。犯罪的一般客体体现了一切犯罪的共同本质，说明犯罪的社会危害性以及同犯罪作斗争的意义。

同类客体，是指某一类犯罪所共同侵害的客体，即刑法所保护的某一方面的社会关系。犯罪现象非常复杂，种类繁多，我国刑法分则按照犯罪的同类客体，把社会上发生的形形色色的犯罪分为十类，即十章。其中有的章的类罪名，就直接表明了此类犯罪的同类客体，例如第一章危害国家安全罪，第二章危害公共安全罪，其同类客体分别是国家安全和公共安全。当然，也有的类罪名并未明确表明此类犯罪的同类客体，这就需要通过对该章全部条文进行分析和归纳加以确定。

直接客体，是指某一具体犯罪直接侵害的客体，即刑法保护的社会关系的某一个具体的方面。任何一个犯罪都会侵害一定的社会关系，但是没有任何一个犯罪能够侵害所有的社会主义社会关系，它所侵害的社会关系只是社会关系的某一个方面或者某一个部分。具体犯罪侵害了什么社会关系，就是由犯罪直接客体所表明的。例如，故意杀人罪的客体是他人的生命，盗窃罪的客体是公私财产所有权，暴力干涉婚姻自由罪的客体是他人的婚姻自由权利，等等。直接客体是每一个犯罪所必须具备的要件，为准确确定罪名和区分此罪与彼罪所必须。如果不能正确地认定罪名，就不会正确地定罪。

由于各种犯罪的状况千差万别，犯罪所侵害的客体有的就是某一种社会关系，有的却是两种或者两种以上的社会关系，所以可把犯罪的直接客体分为简单客体和复杂客体。简单客体是指某一具体犯罪只侵害一种社会关系。例如，诈骗罪所侵害的客体，是公私财产所有权。复杂客体是指某一具体犯罪侵害两种以上的社会关系。例如，抢劫罪所侵害的客体，既包括公私财产所有权，也包括公民的人身权利。具有复杂客体的犯罪如何进行归类，在世界各国有不同的处理方法。但是主要的原则是根据该犯罪侵害的几个方面的社会关系中最重要的或者最显著的一个方面进行归类，同时考虑犯罪行为主观方面所包含的意图加以确定。例如，我国把抢劫罪列入侵犯财产罪，就是考虑了其主要侵害的社会关系是财产权，主要针对的对象是财产。

第二节　犯罪对象

一、犯罪对象的概念

犯罪对象是指主体的犯罪行为所侵害的具体的人或者事物。一般情况下，主体总是通过其行为作用于一定的对象，才能实现其对社会关系的侵害。因此，犯罪对象是主体的行为与客体之间的直接中介，刑法分则的许多条文都明文规定犯罪对象作为犯罪客观方面的必要要素。犯罪对象是由主体选择的，与主体的行为相结合，不同的对象，体现着主体的犯罪意图和行为的具体形态的差别，也反映出犯罪客体的性质及所受到的危害的程度。因此，犯罪对象对于决定犯罪构成整体的质和量，具有重要作用，主要表现在：

1.许多犯罪只能由特定的对象才能构成。例如，危害公共安全罪中，有一系列以破坏的方法实施的犯罪，就是主要以其所侵害的对象不同而加以区别的，破坏交通工具罪的对象是火车、汽车、电车、船只、航空器，破坏易燃易爆罪的对象是电力、煤气或者其他易燃易爆设备，破坏通讯设施罪的对象是广播电视设施、共用电信设施。

2.在某些犯罪中，不同的犯罪对象构成不同的犯罪。例如，强奸罪的对象是年满周 14 岁的少女或者妇女，

如果强奸行为的对象是不满 14 周岁的幼女，则构成奸淫幼女罪。又如，有许多以秘密窃取即盗窃的方法实施的犯罪，侵害的对象是公私财物的，构成盗窃罪，侵害的对象是枪支、弹药、爆炸物的，构成盗窃枪支、弹药、爆炸物罪。

3.在某些犯罪中，行为对象的数量大小作为划分罪与非罪或者轻罪与重罪的界限。例如，刑法第 264 条规定的盗窃罪，侵害的对象即公私财物必须是数额较大的，才能构成犯罪，如果没有达到数额较大的数额标准或者不是多次盗窃的，就不能认定为犯罪。如果数额巨大、数额特别巨大的，则达到了盗窃罪的较高的两个量刑层次。

应当特别指出的是，凡是刑法条文中明确规定了犯罪对象的，它就成为该犯罪构成的必备的要件，如果行为的对象不符合法定的要求，它就不能构成该罪。即使两种犯罪的对象形式上类似，也不能把它们视为同一。例如，同样是盗窃电线，一个是盗窃正在使用中的输电电线，一个是盗窃存放仓库的商品电线，那么我们就不能说这两个犯罪的对象是完全相同的。根据系统论的思想，同一样事物在不同的系统中，就会处在不同的地位，具有不同的性能。在上述两个犯罪中，形似的物品，代表着不同的社会关系，因此这两个罪的犯罪客体也是绝不相同的。

二、犯罪客体与犯罪对象的联系与区别

其联系在于作为犯罪对象的具体人是具体社会关系的主体或承担者，作为犯罪对象的具体物是具体社会关系的物质表现。

其区别在于：

1.犯罪客体决定犯罪性质，犯罪对象则未必。

2．犯罪客体是任何犯罪的必要构成要件，而犯罪对象则仅仅是某些犯罪的必要构成要件。

3．任何犯罪都会使犯罪客体受到危害，而犯罪对象则不一定受到损害。

4．犯罪客体是犯罪分类的基础，犯罪对象则不是。

思考题：

1.什么是犯罪客体？

2.犯罪客体包括哪几个类型？

3.犯罪对象与犯罪客体的联系与区别是什么？

参考书目：

1、王作富主编：《刑法》，中国人民大学出版社，1999 年 12 月第 1 版。

2、何秉松主编：《刑法教科书》，中国法制出版社，1997 年 12 月第 1 版。

3、杨春洗、杨敦先主编：《中国刑法论》，北京大学出版社，1998 年月第 2 版。

4、陈兴良著：《刑法哲学》，中国政法大学出版社，1997 年 8 月第 1 次修订版。

5、刘生荣著：《犯罪构成原理》，法律出版社，1997 年 12 月第 1 版。

6、阮齐林主编：《刑法总论案例教程》，中国政法大学出版社，1999 年 5 月第 1 版。

第四章　犯罪客观方面

教学目的与要求：让学生全面掌握犯罪客观方面的概念与基本特征、危害行为的两种基本形态、我国刑法对危害结果的不同规定方式、刑法因果关系的基本关定和基本问题。让学生一般了解犯罪客观方面的意义；必备要件以外的其它要件。

教学重点：犯罪客观方面的概念；基本要件和选择要件；危害行为两种基本形态；刑法对危害结果的不同规定方式；刑法中的因果关系。

教学难点：不作为；刑法对危害结果的不同规定方式；因果关系的复杂性。

教学方法：讲授

学　时：4 学时（第 3 周）

第一节　犯罪客观方面概述

一、犯罪客观方面的概念

犯罪客观方面，是指刑法规定的构成犯罪在客观方面所必须具备的条件。

犯罪客观方面与犯罪客体是紧密联系的。在犯罪构成的体系中，犯罪客体解决的是犯罪行为所侵害的是什么样的法益的问题，而犯罪客观方面解决的是这一法益是在何种条件下，被何种行为所侵害，造成何种结果的问题。所以，犯罪客观方面是犯罪构成的必备要件之一。如果没有犯罪的客观方面，就很难认定刑法保护的社会主义法益受到何种侵害，很难说有犯罪存在。只有当某个人的犯罪心理已经外化为行为，通过具体的行为表现出来，并且已经或者可能造成危害社会的结果时，才构成犯罪。

二、犯罪客观方面的特征

（一）客观性。指犯罪活动是人的犯罪活动的外在表现形式，能被人们所直接感知。

（二）具体性。我国刑法规定的犯罪客观方面要件，是具体的而不是抽象的。

（三）多样性。指犯罪客观方面的内容及其包含的要件复杂、多样。

（四）法定性。指犯罪构成的各种客观要件必须是刑法条文明确规定的。

研究犯罪客观方面具有重要意义：

首先，犯罪客观方面是划分罪与非罪的标准。我国刑法为了保护一定的社会主义法益，在规定各种犯罪的构成要件时，大部分条文对犯罪客观方面进行描述以说明犯罪的客观表现。尽管有的详细，有的简略，但是它们都是区分罪与非罪的重要依据。

其次，犯罪客观方面是区分此罪与彼罪的重要依据之一。危害行为与危害结果的表现形式是多种多样的，罪与罪之间，在这些方面的特征大多是非常明显的。因此，犯罪客观方面作为各种犯罪表现在外部的状况，可以为区分各种犯罪提供依据。

最后，犯罪客观方面对于分析和认定犯罪主观方面具有重要价值。一个人的犯罪行为总是在一定的心理活动的支配下进行的。犯罪客观方面是犯罪心理的外在表现，反映了犯罪人在实施犯罪行为时的心理活动。虽然不能从客观方面直接认定主观方面，但是，从客观方面可以考察主观方面的一些特点。

第二节　危害行为与危害结果

一、危害行为

(一)危害行为的概念

危害行为是指犯罪主体在意识和意志支配下所实施的刑法所禁止的危害社会的行为。危害行为具有三个主要特点：

1.危害行为是犯罪主体意识和意志支配下的行为，也就是说它首先是人的正常的行为。行为不同于思想流露、犯意表示，这些都还没有外化为行为。虽然有外部动作，但是如果没有意识和意志的支配，也不是行为，一个人打喷嚏，一个乘车人在紧急刹车时由于惯性而向前冲等等，都不是行为。在由于不能抗拒或者不能控制的原因造成某种危害后果时，行为人可能是有意识或者意志的，但是他的行为已经超越了他所能够避免发生这一后果的思想活动的范围，是不负刑事责任的。

2.危害行为是危害社会而为刑法所禁止的行为。没有社会危害性的行为固然不是犯罪客观方面的危害行为。虽然有一定的社会危害性，但是如果不是刑法所禁止的，即还未达到予以刑罚处罚的严重程度的行为，也不是犯罪客观方面的危害行为。根据罪刑法定原则，危害行为不仅必须符合刑法总则规定的危害行为的一般特征，而且还需要具备刑法分则规定的具体表现形式。不符合上述标准的行为，就不是犯罪构成客观方面的表现形式。

(二)危害行为的基本形式

刑法中规定的危害行为，有着多种多样的形式，但是对于这些表现方式进行概括，可以分为作为和不作为两类。十七世纪英国思想家霍布斯较早地论述了作为和不作为的区分。他指出，所谓罪就是指两方面的情形，一是法律禁止的言论或犯罪，二是法律要求行而不行，这两种情形都构成违法或犯罪。他说："罪行是一种罪恶，在于此言行犯法律之所禁，或不为法律之所令。所以每一种罪行都是罪恶，但却不能说每一种罪恶都是一种罪行。"

所谓作为，是指行为人用积极的动作实施危害社会的行为，即不当为而为。这是犯罪客观方面的危害行为中最常见的一种，许许多多的犯罪也只能表现为作为的形式。例如，抢劫罪，表现为行为人以暴力、胁迫或者其他方法劫取公私财物；盗窃罪，表现为行为人秘密窃取公私财物；故意伤害罪，表现为行为人故意伤害他人身体等。对于这些犯罪而言，行为人如果不采取作为的形式，那么犯罪意图就不可能实现。

所谓不作为，是指行为人消极地不履行某种义务而造成危害社会的结果的行为，即当为而不为。刑法上，不作为构成危害行为必须具备下列条件：

1.行为人负有实施某种行为的法律义务。这是构成不作为危害行为的前提。如果没有某种法律上的义务，就不会构成不作为的危害行为。但是，这些义务的来源却可能是多方面的：

(1)法律明文规定的义务。这是义务的最主要的来源。例如我国婚姻法规定，父母子女之间有相互扶养的义务，如果对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人，负有扶养义务而拒绝扶养，情节严重的，就构成了刑法第 261 条所规定的遗弃罪。

(2)行为人的职务上或者业务上的要求。例如，消防人员负有扑灭火灾的义务，医生负有救死扶伤的义务，司法人员有依法追究犯罪分子刑事责任的义务，等等。如果这些人员不履行其职务上或者业务上的义务，造成危害结果的，就构成不作为形式的危害行为。

(3)先前行为产生的义务。这种的产生，是由于行为人实施某种行为，导致某种法益处于危险状态。在这种情况下，行为人就有排除危险、防止危害结果发生的义务。例如，驾驶人员在交通肇事撞伤行人以后，就负有

立即救护伤员的义务，如果不积极救护造成严重后果，就构成不作为形式的危害行为。

2.行为人有履行义务的可能性。在行为人负有上述义务的前提下，行为人还必须有履行义务的实际可能性。如果行为人虽然负有某种义务，但是根据当时的环境条件或者行为人自身的能力，不存在履行这种义务的可能性，就不能构成不作为的危害行为。例如，消防人员在扑灭大火时，水源枯竭，大火蔓延，造成严重损失的；医生赶赴灾害现场，由于洪水阻断交通，未能及时救护伤员，造成严重后果的，都失去了履行这种义务的可能性，所以不构成不作为形式的危害行为。

3.由于不履行义务，侵害了刑法所保护的法益。在刑法规定中，以出现某种危害结果作为必备要件的犯罪构成中，不履行义务造成了特定危害结果，这是构成不作为危害行为的决定性条件。行为人虽然没有履行义务，但是并没有侵害任何法益，没有对社会造成任何损害的，也不是不作为危害行为。

在刑法规定中，只能以不作为形式构成的犯罪，只有少数几种。有些犯罪既可以由作为的形式构成，也可以由不作为的形式构成，但是在司法实践中发生的众多犯罪案件中，以不作为形式实施的犯罪，也是比较少见的。因此，在认定这类犯罪上，就存在分清不同情况区别对待的问题，要是把不作为犯罪中的纯正不作为与不纯正不作为加以认识。法律上规定以不作为形式构成的犯罪行为，并以不作为的形式实施的，称为纯正不作为。法律上规定以作为的形式实施的犯罪，而以不作为形式实施的，称为不纯正不作为。纯正作为和纯正不作为构成犯罪，其条件是不同的。纯正不作为构成犯罪，要求该犯罪在刑法上规定为不作为形式的犯罪，行为人负有某种作为的义务、具有履行义务的可能性，而没有履行这种作为的义务，以致侵害了某种法益。不纯正不作为的构成，要求该犯罪在刑法上规定为作为形式构成的犯罪，行为人负有某种不作为的义务，有履行防止这种不作为行为的可能性，而没有履行这种义务，以致侵害了某种法益。

二、危害结果

犯罪行为的危害结果，是指主体的犯罪行为对犯罪对象的实际侵犯和损害。例如：犯罪行为造成人的伤亡、财产的损失、社会秩序的混乱等等。为了更深刻地认识危害结果及其在犯罪构成中的地位和作用，我们对危害结果可作不同的分类。

1.以犯罪结果是否由犯罪行为直接引起为标准，可分为直接结果和间接结果。

直接结果，就是犯罪行为对犯罪对象所直接造成的损害。如某甲盗窃某乙 700 元现金，那么某乙损失 700 元现金是某甲盗窃行为的直接结果。直接结果是犯罪构成的选择性要件，是定罪的主要根据之一。

间接结果，是指由犯罪行为直接造成犯罪结果所进一步引发的结果。例如，某乙的 700 元现金被盗窃之后，由于无钱给母亲治病，某乙一时想不开，自杀了，其母亲也因无人照顾，不久也死了。这里某乙的自杀和某乙母亲的死亡就是某甲的盗窃行为的间接结果。间接结果不是犯罪构成的要件，也不是定罪的根据，只是量刑时从重考虑的情节。

2.以危害结果能否具体测量为标准，可分为有形结果和无形结果。

有形结果，是物质性的，凭知觉能感知的结果，是可以具体确定和计算的。例如，造成若干人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失等等。有形结果，在具体案件中。可能发生，也可能不发生。对于绝大多数的故意犯罪，如杀人、盗窃而言，不是成立犯罪的要件，只是区分犯罪既遂与犯罪未遂的标志，危害结果发生了，是犯罪既遂，危害结果没有发生，是犯罪未遂。但是，对于过失犯罪和某些故意犯罪，如故意毁坏公私财物罪而言，却是成立犯罪的必备要件。危害结果发生了才构成犯罪，未发生就不构成犯罪。

无形结果，是非物质性的，不能凭知觉感知的危害结果。例如，侮辱罪、诽谤罪对他人人格和名誉的损害。无形结果往往是与危害行为同时发生的，因而，只要查明行为人已经实施了犯罪行为，就可以认定为犯罪的既遂，而不存在犯罪未遂的问题，无需查明犯罪行为与危害结果之间的因果关系。

犯罪行为的结果同犯罪行为的危害结果是有不同的。犯罪行为的危害结果，是指人们实施刑法所禁止的行

为，并对犯罪客体有危害。而犯罪行为的结果仅仅是指犯罪行为对于犯罪对象造成的实际损害。例如，某甲开枪射击某乙，但是未射中。这种行为显然是对社会有危害性的，应受到刑罚处罚。但是这种行为并未造成结果，只有在某甲射中某乙，造成伤亡时，才能认为是犯罪行为的结果。由此可见，犯罪的危害结果与犯罪行为的结果是有区别的。不能认为犯罪行为都有危害性，那么也就必然具有结果，犯罪的结果不是一切犯罪构成的必要要件而是选择要件。

危害结果是犯罪构成中的选择要件，各种各样的危害结果，在各个具体案件中，都有不同的作用，对定罪量刑各有其不同程度的意义。根据我国刑法条文的不同规定，概括起来，我国刑法对危害结果的规定，主要有以下几种情况：

①有些条文规定以已经发生某种特定的危害结果作为犯罪的必要要件，这在刑法理论上称为结果犯。例如，刑法第 131 条规定，航空人员违反规章制度，致使发生重大飞行事故，造成严重后果的，才能构成重大飞行事故罪；刑法第 397 条规定，国家机关工作人员滥用职权或者玩忽职守，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的，才能构成玩忽职守罪。

②有些条文规定以具有足以发生某种严重后果的危险，作为构成犯罪的必备要件，这在刑法理论上称为危险犯。例如，刑法第 116 条规定的破坏交通工具罪，第 117 条规定的破坏交通设施罪等，都是规定足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险，尚未造成严重后果的，就可以构成犯罪。

③有些条文规定对某一犯罪行为，如果发生了严重结果，则加重其法定刑，这在刑法理论上称为结果加重犯。例如刑法第 239 条规定，以勒索财物为目的绑架他人的，或者绑架他人作为人质的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；致使被绑架人死亡或者杀害被害人的，处死刑，并处没收财产。

④有些关于故意犯罪的条文要求以特定危害结果的发生，作为犯罪既遂的标准。例如，盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪，以占有他人财物为既遂的标准。刑法上这样的条文是很多的。但是，应当指出，这些犯罪的既遂标准，并不是法律条文明确规定的，而只能通过对法律条文的深入细致的分析才能作出正确判断。

⑤有些犯罪，并不要求危害结果的发生，只要施行了犯罪构成所规定的犯罪行为，即构成既遂。这在刑法理论上称为行为犯。例如刑法第 246 条规定的侮辱罪、诽谤罪，都是只要实行了法律所规定的侮辱、诽谤的行为，就构成犯罪既遂。

⑥有些条文规定，以某种特定的结果是否发生作为区分此罪与彼罪的标准。例如，刑法第 247 条规定，司法工作人员对犯罪嫌疑人、被告人实行刑讯逼供或者使用暴力逼取证人证言的，构成刑讯逼供罪或者暴力逼证罪，致人伤残、死亡的，依照刑法第 234 条规定的故意伤害罪、第 235 条规定的故意杀人罪定罪，从重处罚。

第三节　危害行为与危害结果之间的因果关系

一、因果关系的概念

行为与结果之间的因果关系，是犯罪客观方面的两个因素即主体的行为与危害结果之间相互联系、相互作用的方式。因此，它不是犯罪构成的因素而是犯罪构成的结构。

从犯罪客观方面来说，危害结果只有与主体行为之间存在着这种特定的连结方式即因果关系，它才是犯罪构成的因素，而危害结果与行为之间的因果联系的具体情况，不仅直接表明主体行为对危害结果发生的原因力的大小，而且也在一定程度上决定主体对危害结果的发生所应负的责任的程度，因此，行为与危害结果之间的因果关系，在犯罪构成的整体结构中，具有十分重要的地位。在刑法分则上，它历来是研究的重点之一。在刑法论著上通常使用的“刑法上的因果关系”、“刑法因果关系”、“犯罪因果关系”或“因果关系”等概念，都是特指行为与

危害结果之间的因果关系。“所谓因果关系，乃实行行为与所发生结果之间的必然存在的原因与结果之间的关系也。”(陈朴生、洪增福著《刑法总则》第 59 页，五南图书出版公司，1982 年版) 这个定义具有一定的代表性，无论是大陆法系、英美法系国家或社会主义国家，在刑法理论上使用的因果关系的概念，其含义基本上是一致的。

在我国刑法理论上 ,所谓刑法上的因果关系虽然也是特指行为与危害结果之间的因果关系。但是 ,对所谓“行为”, 却有不同的理解。有的认为所谓“行为”, 是泛指主体的行为，有的认为是专指违法行为，也有的认为是专指危害行为，还有的认为是指犯罪行为。这几种观点各持己见，长期未能统一。其实，这种争论是没有必要的。

在论述刑法上的因果关系问题时，应当把下述两种情况严格加以区别。一种是各种犯罪的法定犯罪构成规定(或要求)的因果关系以及符合这种法定犯罪构成的犯罪构成事实的因果关系。它们都是犯罪构成的有机组成部分。因此，这种因果关系的性质只能是犯罪行为与危害结果之间的因果关系。这是狭义的刑法上的因果关系。另一种因果关系则是泛指我们在分析处理刑事案件过程中可能涉及的因果关系，它既可能是犯罪行为或违法行为或危害行为与危害结果之间的因果关系，也可能是合法行为、正当行为或者自然力等其他事物与危害结果之间的因果关系。只有通过对案情所涉及的各种因果关系的分析和比较研究，才能最终确定何者是造成危害结果的真正的原因，才能正确地定罪量刑。因此，应当承认，那些虽然不属于犯罪构成，但却是分析案情必然要涉及的因果关系，也应属于刑法上因果关系的范围。这是广义的刑法上的因果关系。区别这两种因果关系，就可以避免许多不必要的争论。

研究刑法上的因果关系，首先要研究法定犯罪构成的因果关系，因为它是分析判断案件客观事实的因果关系是否符合犯罪构成要求的法律准绳。我国刑法分则有相当一部分法律条文明确规定了法定犯罪构成的因果关系。例如《刑法》第 257 条规定，暴力干涉他人婚姻自由“致使”被害人死亡的。这里所讲的“致使”, 就是干涉婚姻自由的行为与被害人死亡之间的因果关系。在刑法条文中，凡是使用“引起”、“致使”、“造成”、“因而发生”等词来表明行为与结果之间关系的，都是指因果关系。但是也有的法律条文并没有对因果关系作出明确的规定。这就需要依据立法精神和实践经验来确定法律所要求的因果关系。例如《刑法》第 232 条只规定“故意杀人的”这里所讲的杀人，在既遂的情况下，就包含着杀人的行为与他人死亡的结果的因果关系。研究法定犯罪构成的因果关系是十分重要的，因为法律上关于因果关系的规定都是高度概括的，而实际情况却非常复杂，这就必须深入研究因果关系的具体内容，才能在处理刑事案件时，正确应用法律对因果关系作出的正确的判断。

有人说 :“犯罪的因果关系问题，在我国刑法典上的条文中找不到一个字的叙述”,(张尚族《论刑法理论中的因果关系》, 北京市法学会 1983 年《刑法学论集》。) 也有人否认因果关系的法律性质，这是不对的。法律对因果关系的规定，体现了统治阶级的刑事政策对因果关系的特定要求。不符合法定犯罪构成规定或要求的因果关系，就不具有法律意义。1964 年 10 月 24 日原民主德国最高法院在关于交通事故的一个判决中确认“一种由另一交通参与者在先的违反交通规则行为而被迫采取的行为，排除作为法律上事故的原因。”这个判决，是刑法因果关系具有法律性质的一个例证。

但是仅仅了解法定犯罪构成的因果关系是不够的，更为重要的是如何应用法律的规定来解决刑事案件中的因果关系问题。这就需要研究在处理刑事案件时分析判断行为与结果之间的因果关系的原则和方法。这是研究刑法因果关系的重点。一切刑法因果关系理论的目的，都是要解决这个关键性的问题。

二、因果关系的认定

(一) 因果关系的客观性

(二) 因果关系的相对性

(三) 因果关系的时间序列性

(四) 因果关系的条件性和具体性

（五）因果关系的复杂性

（六）因果关系的必然联系与偶然联系

（七）不作为犯罪中的因果关系

（八）刑法因果关系与刑事责任

思考题：

1.什么是犯罪的客观方面？它有哪些要件？

2.危害行为的概念和特征是什么？

3.危害行为有哪两种基本形态？

4.我国刑法对危害结果有哪些不同的规定方式？

5.如何理解刑法中的因果关系？

参考书目：

1、王作富主编：《刑法》，中国人民大学出版社，1999 年 12 月第 1 版。

2、何秉松主编：《刑法教科书》，中国法制出版社，1997 年 12 月第 1 版。

3、杨春洗、杨敦先主编：《中国刑法论》，北京大学出版社，1998 年月第 2 版。

4、陈兴良著：《刑法哲学》，中国政法大学出版社，1997 年 8 月第 1 次修订版。

5、刘生荣著：《犯罪构成原理》，法律出版社，1997 年 12 月第 1 版。

6、阮齐林主编：《刑法总论案例教程》，中国政法大学出版社，1999 年 5 月第 1 版。

第五章　犯罪主体

教学目的与要求：让学生全面掌握犯罪主体的概念、刑事责任能力的程度、划分；未成年人犯罪案件的处理原则；精神障碍与刑事责任能力；犯罪主体的分类；单位犯罪的概念、特征、处罚原则。让学生一般了解研究犯罪主体特殊身份的意义；单位犯罪的认定。

教学重点：犯罪主体的概念和种类；刑事责任能力；影响刑事责任能力的因素；我国刑法对未成年人犯罪的处罚原则；单位犯罪的概念；特征及其处罚原则。

教学难点：刑事责任能力及其影响因素；单位犯罪的处罚原则。

教学方法：讲授

学　时：2 学时（第 4 周）

第一节　犯罪主体概述

一、犯罪主体的概念

犯罪主体，是指实施犯罪行为，并且依法应负刑事责任的人。犯罪主体是犯罪构成的必要要件之一。没有犯罪主体，也就没有犯罪行为，客体也就不可能受到侵害，那么也就不存在犯罪。另外，刑罚惩罚的是犯罪行为，但是承受刑罚惩罚的只能是行为人，即犯罪主体，可见，犯罪主体是犯罪构成的体系的一个重要的组成部分。

根据我国刑法的规定，犯罪主体可以分为两种，即自然人主体和法人主体。

自然人主体，是指达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力的，实施了危害社会行为的有生命的人。这种犯罪主体具有四个要素：①必须必须是有生命的人；②必须是达到刑事责任年龄的人；③必须是具有刑事责任能力的人；④必须是实施了危害社会行为的人。只有具备了上述四个要素，才是自然人主体，才能成为犯罪构成的一个有机组成部分。

法人主体是指实施了危害社会行为的法人。法人犯罪主体具有以下五个要素：①法定代表人或者直接责任人员；②在自己业务活动范围内；③以法人组织名义；④为了法人的利益；⑤实施了危害社会的行为。

从犯罪主体是否需要具备某种特定的身份，还可把犯罪主体分为一般主体和特殊主体两种。一般主体，就是只要符合犯罪主体的一般要素就可以构成犯罪的犯罪主体。而特殊主体是指除了具备犯罪主体的一般要素外，法律还要求具有特定身份或者特定职业才能构成犯罪的犯罪主体。例如，刑法规定的贪污罪、受贿罪的主体，必须是达到刑事责任年龄，具有刑事责任能力，而且具有国家公务员等特定身份。这就是说贪污罪、受贿罪的主体是特殊的主体。所谓特定身份，是指与一定犯罪行为有关的，反映主体在某种社会关系中的特殊地位或者状态的客观事实。比如，特定的职务(国家工作人员)、特定的职业(从事交通运输的人员等)、特定的法律地位(侦查、审判活动中的证人、鉴定人、记录人、翻译人等)、负有某种特定的法律义务(如扶养义务等)，以及其他特殊的地位或者状态(如依法被逮捕关押的犯罪分子等)。

二、犯罪主体的意义

(一)定罪方面

犯罪主体是犯罪构成必备要件之一。研究它,对于正确认定犯罪,划清罪与非罪的界限以及此罪与彼罪的界限,具有重要意义。

（二）量刑方面

犯罪主体还影响到量刑。在具备犯罪主体要件的同样情况下，犯罪主体的具体情况也可能不同，而不同的具体情况有影响到刑事责任的大小程度。

第二节　自然人犯罪主体

一、刑事责任能力

1.刑事责任能力的概念

刑事责任能力，是指辨认和控制自己行为的能力。所谓辨认能力，就是认识、理解自己行为的性质、作用、后果及其社会意义的能力。所谓控制能力，就是支配自己做还是不做，或者做到什么程度的能力。

行为人只有在具有辨认和控制自己行为的能力的情况下，有意识地实施危害社会的行为，才能成立犯罪，并对自己的行为负刑事责任。在我国刑法上，刑事责任能力既是犯罪的能力，又是负刑事责任的能力。

一般而言，辨认和控制自己行为的能力是与行为人的年龄一致的。只要达到法定的刑事责任年龄，就自然具备了辨认和控制自己行为的能力，即具有完全负刑事责任的能力。但是在某些特殊情况下，也有个别人由于精神健康状况的下降，虽然达到了法定的年龄，但是却不具备或者丧失了辨认能力或者控制能力，称为无刑事责任能力人。还有一种是限制刑事责任能力，又称部分刑事责任能力、减轻刑事责任能力，是指精神障碍者对其所实施的危害社会的行为的辨认能力和控制能力尚未完全丧失。

刑事责任能力是犯罪主体的核心问题，按照刑法的规定，行为人只有在具备刑事责任能力的前提下，故意或者过失实施了危害社会的行为，才能成立犯罪，才能由国家司法机关追究其刑事责任。无刑事责任能力的人，实施了刑法所禁止的危害社会的行为，不能认定犯罪，也不能追究其刑事责任。限制责任能力的人，在构成犯罪的前提下，其刑事责任应当从宽追究。

二、影响刑事责任能力的因素

(一)刑事责任年龄。

刑事责任年龄，是指法律规定的行为人对其实施的犯罪行为负刑事责任所必须达到的年龄。行为人只有达到法定刑事责任年龄，才能对自己的犯罪行为负刑事责任。

法律规定刑事责任年龄的原因在于，犯罪是人的主观心理活动支配下的行为，即是一种有意识、有意志的行为，而人的意识和意志能力是受年龄的制约的。只有达到一定年龄的人，随着智力发育的不断成熟，才能逐渐正确认识周围事物和自己行为的性质、意义及其社会责任，从而控制自己做还是不做。因此，年龄是人的意识和意志能力发展程度的客观标志。当行为人达到法定的责任年龄，具有了认识和控制自己的行为的能力时，实施了危害社会的行为，就应当负刑事责任。

世界各国对于刑事责任年龄的规定存在着很大的差异，最高规定为 18 岁，例如巴西；最低规定为 7 岁，例如加拿大、印度等国。但是大多数国家规定为 14 岁。各国对刑事责任年龄的规定的差异，是由各国政治、经济、文化发展水平和少年身心发育程度的不同，以及对待青少年违法犯罪的刑事政策所决定的。综合世界各国的规定，可以归纳为以下几种方式：

①四分制。即分为绝对无刑事责任时期、相对负刑事责任时期、减轻刑事责任时期和完全负刑事责任能力。

②三分制。即分为绝对无刑事责任时期、相对负刑事责任时期(或减轻刑事责任时期)和完全负刑事责任时期。

③二分制。即分为绝对无刑事责任时期(或相对负刑事责任时期)和完全负刑事责任时期。

所谓绝对无刑事责任时期，是指在这个年龄期内的人所实施的任何危害社会的行为，一律不负刑事责任。所谓相对负刑事责任时期，是指在这个年龄期内的人只对刑法所规定的某些犯罪负刑事责任。所谓减轻刑事责任时期，即在这个年龄期内的人实施了犯罪行为的可以减轻其责任。所谓完全负刑事责任时期，即在这个年龄期内的人所实施的任何犯罪，一律负完全的刑事责任。

我国对违法犯罪的失足青少年，一贯采取以教育为主、惩罚为辅的方针，对少年犯负刑事责任的范围，作了严格的限制。我国刑法对刑事责任年龄的具体规定是：

1.已满 16 周岁的人犯罪，应当负刑事责任。这是完全负刑事责任年龄阶段。

2.已满 14 周岁不满 16 周岁的人，犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的，应当负刑事责任。这是相对负刑事责任年龄阶段，即只对某些特定的严重犯罪负刑事责任，对其他的一般犯罪不负刑事责任。

3.不满 14 周岁的人，一律不负刑事责任。这是完全不负刑事责任年龄阶段。

应当注意的是，虽然我国刑法规定不满 14 周岁的人，一律不负刑事责任，但是这并不意味着凡是不满 14 周岁的人在事实上都没有犯罪的能力或者事实上不会实施犯罪，近些年来我国青少年犯罪的低龄化趋势表明，有的人在 13 岁甚至 12 岁、11 岁就实施故意杀人、强奸等等严重犯罪。因此，有的学者认为，我国刑事责任年龄应当适当降低，这种主张是有其客观根据的。

4.已满 14 周岁不满 18 周岁的人犯罪，应当从轻或者减轻处罚。这是减轻刑事责任年龄阶段。

5.因不满 16 周岁不负刑事责任的，责令他的家长或者监护人加以管教；在必要的时候，也可以由政府收容教养。

在刑事责任年龄问题上，应当注意以下两个问题：①刑法第 17 条规定的责任年龄，已经标明是指实足年龄，即周岁，应以日计算。即只有在过了 14 岁、16 岁、18 岁的生日，从第二天开始计算，才为已满 14 周岁、16 周岁、18 周岁。同时，还要注意一律按公历年、月、日计算，不能以农历、回历、佛历等非法定的历法计算。②对于行为人跨年龄阶段实施犯罪行为的责任问题，不能把不负刑事责任年龄阶段中的行为合并到负刑事责任年龄阶段中追究刑事责任。例如，处理已满 16 周岁的人所盗窃罪时，对其已满 14 周岁不满 16 周岁期间的盗窃行为或者其他不属于刑法第 17 条第 2 款所列举的犯罪，就不应一并追究刑事责任。同样，在处理已满 14 周岁不满 16 周岁的人所犯的故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪时，对不满 14 周岁期间的任何危害社会的行为，也不得一并追究其刑事责任。

（二）精神障碍

①精神病人。所谓精神病，是指由于大脑高级神经活动失调而产生的疾病。我国刑法第 18 条规定，精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果，经法定程序鉴定确认的，不负刑事责任，但是应当责令他的家长或者监护人严加看管和医疗；在必要的时候，由政府收容教养。这一规定表明，确定一个人有无刑事责任能力，必须具备一定的条件，并且经过一定的程序，才不负刑事责任，并不是凡是患有精神病的人实施危害社会行为的，都不负刑事责任。其条件是：1.行为人在实施危害社会的行为时，确实患有精神病，而不是其他的疾病。精神精神病的认定应以医学标准为依据。2.行为人确实由于患有精神病而不能辨认或者不能控制自己的行为。这是确认行为人无刑事责任能力的心理学标准。3.危害行为确实是在行为人不能辨认或者不能控制自己行为的状态下造成的，即丧失了辨认和控制能力与造成危害行为是有因果关系的。4.精神病人在不能控制或者不能辨认自己行为的时候造成危害结果，需经过法定程序鉴定确认。经法定程序鉴定，是指经依法设立的或者经司法机关指定的专门鉴定机构或者专门医院按照一定的程序进行鉴定。只有经过鉴定，确认行为人确实患有精神病，确实因患精神病而丧失了辨认能力或者控制能力，确实是在丧失辨认能力或者控制能力时实

施了危害社会行为的，才不负刑事责任。未经此种法定程序，仅依行为人的亲属、邻居的日常认识，或者是司法人员的临时表面观察，是不能作出这样的结论的。

②间歇性的精神病人。间歇性精神病，是指周期性发作的精神病。这种精神病人在精神正常的时候完全具有辨认和控制自己行为的能力。因此，刑法第 18 条第 2 款规定，间歇性的精神病人在精神正常的时候犯罪，应当负刑事责任。所以，间歇性的精神病人造成危害社会的结果的，是否负刑事责任，同样要看是否当时丧失了辨认和控制自己行为的能力。

③尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人。这种精神病，是指精神病发病的程度，还没有使病人完全丧失辨认或者控制自己行为的能力，但是辨认能力或者控制能力有所减弱。这样的精神病人，根据刑法第 18 条第 3 款的规定，应当负刑事责任，但是可以从轻或者减轻处罚。

（三）生理功能丧失

又聋又哑的人，是指听觉功能和语言功能全部丧失的人，而不包括只聋不哑的人或者只哑不聋的人。盲人是指双目视觉全部丧失的人，只有一目丧失视觉的人，不属于盲人。这两种人，虽然身有残疾，但是并未丧失辨认和控制的能力，所以，构成犯罪的，应当负刑事责任。不过由于他们毕竟身患残疾，辨认和控制能力都有所减弱，属于限制行为能力人。因此刑法第 19 条规定，又聋又哑的人或者盲人犯罪，可以从轻、减轻或者免除处罚。

（四）醉酒

醉酒可分为生理性醉酒和病理性醉酒。一般醉酒是急性酒精中毒所引起的神经精神症状。有的慢性酒精中毒，是属于非精神病症的精神障碍，不属于精神病。它只能在一定程度上减弱人的辨认能力或者控制能力，并不会完全丧失这种能力。况且，醉酒是人为造成的，行为人在醉酒前，即自己的辨认或者控制能力减弱前，对自己醉酒后可能出现的反映应当预见到。因此醉酒人不是无责任能力的人，应当负刑事责任。但是病理性醉酒，则属于精神病，是一种因酒精中毒而引起的精神病，如果这种病人在实施危害行为时，同时符合心理学标准，应视为无责任能力人，不负刑事责任。我国刑法第 18 条第 4 款规定，醉酒的人犯罪，应当负刑事责任。这里所谓醉酒是指生理性醉酒.

三、犯罪主体的特殊身份

犯罪主体的特殊身份,可以从不同角度进行分类。一是自然身份与法定身份，二是定罪身份与量刑身份。

除了必须具备刑法总则规定的刑事责任年龄、刑事责任能力这些基本条件外，刑法分则中明文规定还必须具备某些特定身份，才能构成犯罪，这样的犯罪主体叫做特殊主体。我国刑法明文规定，自然人特殊犯罪主体所必须具备的条件，主要有以下几个方面：

第一、具有特定公职人员身份

这在我国刑法中较为普遍，可以分为下面几种情况：

1.国家工作人员。即在国家机关中从事公务的人员。按照刑法第 93 条的规定，国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员，以及其他依照法律从事公务的人员，以国家工作人员论。例如，刑法第 385 条第 1 款规定：“国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物的，或者非法收受他人财物，为他人牟取利益的，是受贿罪。”

2.国家机关工作人员。是指在国家机关中从事公务的人员。例如刑法第 397 条规定：“国家机关工作人员滥用职权或者玩忽职守，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役；……”刑法分则第九章渎职罪中，还规定了特定的国家行政机关工作人员（如行政执法人员、税务工作人员、海关工作人员、商检工作人员等）构成的各种渎职犯罪。

3.司法工作人员。是指负有侦查、检察、审判、监管职责的工作人员。例如刑法第 401 条规定：“司法工作

人员徇私舞弊，对不符合减刑、假释、暂予监外执行条件的罪犯，予以减刑、假释、、暂予监外执行条件的罪犯，予以减刑、假释、暂予监外执行的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。”

4.邮政工作人员。是指国家邮政部门的各级负责人、营业员、分拣员、投递员、押运员、接站员等。例如刑法第 253 条第 1 款规定：“邮政工作人员私自开拆或者隐匿、毁弃邮件、电报的，处 2 年以下有期徒刑或者拘役。”

5.国有公司、企业负责人。是指国有公司、企业的董事长、董事、经理、副经理等管理层的负责人员。例如刑法第 165 条规定：“国有公司、企业的董事、经理利用职务便利，自己经营或者为他人经营与其所任职的公司、企业同类的营业，获取非法利益，数额巨大的，处 3 年以下有期徒，并处或者单处罚金；数额特别巨大的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。”

6.军人。是指中国人民解放军现役军人、军内在编人员和预备役人员。根据刑法第 450 条的规定，我国刑法分则第 10 章军人违反职责罪的犯罪主体，包括中国人民解放军的现役军官、文职干部、士兵及具有军籍的学员以及执行军事任务的预备役人员和其他人员。

第二、负有特定义务的人员。

1.纳税义务人。例如刑法第 203 条规定：“纳税人欠缴应纳税款，采取转移或者隐匿财产的手段，致使税务机关无法追缴欠缴的税款，数额在 1 万元以上不满 10 万元的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处欠缴税款 1 倍以上 5 倍以下罚金；……”

2.抚养义务人。例如刑法第 261 条规定：“对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人，负有抚养义务而拒绝抚养，情节恶劣的，处 5 年以下有期徒刑、拘役或者管制。”

第三、具有特定法律地位

1.证人、鉴定人等。例如刑法第 305 条规定：“在刑事诉讼中，证人、鉴定人、记录人、翻译人对与案件有重要关系的情节，故意作虚假证明、鉴定、记录、翻译，意图陷害他人或者隐匿罪证的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。”

2.辩护人等。例如刑法第 306 条规定：“在刑事诉讼中，辩护人、诉讼代理人毁灭、伪造证据，帮助当事人毁灭、伪造证据，威胁、引诱证人违背事实改变证言或者作伪证的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。”

3.在押罪犯等。例如刑法第 315 条规定：“依法被关押的罪犯，有下列破坏监管秩序行为之一，情节严重的，处 3 年以下有期徒刑……”第 316 条第 1 款规定：“依法被关押的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人脱逃的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役。”

4.首要分子等。例如刑法第 268 条规定：“聚众哄抢公私财物，数额较大或者有其他严重情节的，对首要分子和积极参加的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；……”

第四、从事特定业务的人员

1.航空人员。例如刑法第 131 条规定：“航空人员违反规章制度，致使发生重大飞行事故，造成严重后果的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役；造成飞机坠毁或者人员伤亡的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。”

2.铁路职工。例如刑法第 132 条规定：“铁路职工违反规章制度，致使发生重大铁路运营安全事故，造成严重后果的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役；造成特别严重后果的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。”

3.生产作业人员等。例如刑法第 135 条规定：“工厂、矿山、林场、建筑企业或者其他企业、事业单位的劳动安全设施不符合国家规定，经有关部门或者单位职工提出后，对事故隐患仍不采取措施，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的，对直接责任人员，处 3 年以下有期徒刑或者拘役；情节特别恶劣的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。”

此外，我国刑法还从行为人所处的家庭关系、从事的具体职业及其他特定地位等角度，对自然人特殊犯罪主体的条件作了规定，这对于司法时间中准确认定犯罪主体的身份，划清罪与非罪、此罪与彼罪的界限，都具有重要意义。

第三节　单位犯罪

一、单位犯罪的概念与特征

单位犯罪，是指公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会，法律规定为犯罪的行为。继我国立法上于八十年代后期开始规定法人作为某些犯罪的主体以后，在九十年代中，大量的单行刑法和附属刑法都规定法人可以成为某些犯罪的主体。在 1997 年刑法修订时，于第 30 条明文规定了单位犯罪的概念，实质上就是法人犯罪，解决了法人犯罪刑事责任的法律根据问题。在刑法中，涉及法人犯罪的条款约有将近 100 条，占所有犯罪总数的 28%。法人犯罪主体的存在已经成为不争的事实，我国刑法理论和立法的革新和发展取得了初步的成就。

刑法第 30 条规定，公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的行为，法律规定为单位犯罪的，应当负刑事责任。

单位犯罪具有如下几个方面的特点：

(一)单位犯罪的主体包括公司、企业、事业单位、机关、团体。所谓公司，是指《公司法》第 2 条规定的有限责任公司和股份有限公司。这两种公司都属于企业法人。所谓企业，是指除了公司以外的从事生产、运输、贸易等经营活动，实行经济核算的单位，包括国有企业、集体企业、私营企业和三资企业等。所谓事业单位，是指受国家机关领导，没有生产收入，不实行经济核算，所需经费由国家开支的单位。所谓机关，是指从事公共事务管理活动的权力部门，主要是指国家政权机关，如国家权力机关、国家行政机关、国家司法机关、国家军事机关等。所谓团体，是指由某一行业、某一阶层的人员自主成立的组织。

（二）单位犯罪必须是在单位意志支配下由单位内部成员实施的犯罪。

（三）单位犯罪必须由刑法分则性条文明确规定。

二、单位犯罪的认定与处罚

（一）单位犯罪的认定

1.单位的性质不影响单位犯罪的成立。

2.不以单位犯罪论处的情况。具备下列行为之一的，均不得视为单位犯罪：1.个人为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪的；2.公司、企业、事业单位设立后，意识示范最为主要活动的；3.盗用、借用单位名义实施犯罪，违法所得由实施犯罪的个人所得或者私分的。

(二)单位犯罪的处罚

对单位犯罪的处罚，采取双罚制和单罚制两种处罚方法。

我国刑法第 31 条明文规定对于单位犯罪采取双罚制，即对于单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。这里所谓直接负责的主管人员，是指对单位犯罪活动负有直接责任的主要领导人员，比如正职和副职的行政首长、厂长、经理、主任等等。所谓其他直接责任人员，是指除直接负责的主管人员以外，其他对于单位犯罪负有责任的人员，一般可以认为就是单位犯罪的直接实施者。

同时，该条还规定，刑法分则和其他法律另有规定的，依照规定处罚。这就为单罚制的采用留有余地。所

谓单罚，既可单罚单位，也可单罚单位的自然人成员，视法律的规定而定。不过，以往的单罚规定，一般是对于单位中的自然人成员规定刑罚处罚，较少规定单罚单位的。例如，刑法第 107 条规定，境内外机构、组织或者个人资助境内组织或者个人实施刑法第 102 条、第 103 条、第 104 条、第 105 条规定的危害国家安全罪的，对直接责任人员判处刑罚，而未对其中犯罪的单位规定刑罚。

思考题：

1.什么是犯罪主体？它包括哪几种类型？
2.什么是刑事责任能力？影响它的因素有哪些？
3.我国刑法中对未成年人犯罪案件的处理原则是什么？为什么？
4.我国刑法中对单位犯罪的处罚原则是什么？为什么？

参考书目：

1、王作富主编：《刑法》，中国人民大学出版社，1999 年 12 月第 1 版。
2、何秉松主编：《刑法教科书》，中国法制出版社，1997 年 12 月第 1 版。
3、杨春洗、杨敦先主编：《中国刑法论》，北京大学出版社，1998 年月第 2 版。
4、陈兴良著：《刑法哲学》，中国政法大学出版社，1997 年 8 月第 1 次修订版。
5、刘生荣著：《犯罪构成原理》，法律出版社，1997 年 12 月第 1 版。
7、阮齐林主编：《刑法总论案例教程》，中国政法大学出版社，1999 年 5 月第 1 版。

第六章　犯罪的主观方面

教学目的与要求：让学生全面掌握犯罪主观方面的概念、内容；犯罪故意的概念及其类型；犯罪过失的概念及其类型；犯罪目的、动机的概念及它们之间的关系。意外事件的概念和特征。让学生一般了解刑法中的认识错误。

教学重点：犯罪主观方面的概念及其所包含的内容；犯罪的故意及其基本类型；犯罪的过失及其基本类型；犯罪的目的与动机之间的关系；意外事件的概念和特征。

教学难点：犯罪的故意和过失的基本类型。

教学方法：讲授

学　时：4 学时（第 4 周）

第一节　犯罪主观方面概述

一、犯罪主观方面的概念

犯罪主观方面，是指支配或者影响犯罪主体实施犯罪行为的主观心理活动。这种心理活动，包括犯罪的故意、过失、目的、动机等内容。其中，犯罪的故意和过失，在刑法理论上称为罪过，是一切犯罪都必须具备的要件。犯罪目的是犯罪构成的选择要件，即有的犯罪把它作为必须具备的要件加以规定，而其他犯罪则不把它作为必备的要件加以规定。犯罪动机则只是定罪和量刑时考虑的一个情节，任何犯罪都不把它作为必备要件加以规定。

世界各国刑法都把行为人行为时的主观心理活动内容作为认定犯罪和裁量刑罚的重要依据。在我国刑法中，也同样把犯罪主观方面作为成立犯罪和负刑事责任的必要条件。

无罪过即无刑罚，也无刑事责任。刑法第 16 条规定，行为在客观上虽然造成了损害结果，但是不是出于故意或者过失，而是由于不能抗拒或者不能预见的原因所引起的，不是犯罪。刑法第 18 条规定，精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果，经法定程序鉴定确认的，不负刑事责任。这是因为行为人在行为时出于无责任能力的状态，主观上没有故意和过失。

一个人实施了危害行为，在主观上必须具有故意或者过失才能构成犯罪，并负刑事责任。人的思想虽然要受客观存在所制约，但是人在客观存在面前，也有自己主观能动性，有选择自己行为的自由，实施犯罪行为也是如此。他可以实施犯罪，也可以不实施犯罪。在意志完全自由的情况下，他却选择了犯罪，而未选择不犯罪，这就产生了主观责任问题，就应当使之对其自己的行为负责。

二、犯罪主观方面的特征

在刑法理论上，虽然把犯罪的主观方面和犯罪的客观方面分别加以研究，但是在实际上，这两者是紧密联系、互相结合在一起的。这种联系表现在两个方面：

①任何犯罪行为都是受行为人的主观上的罪过支配或者影响的，如果某个行为不受主观罪过的支配和影响，即使这个行为在客观上对社会造成了损害，也不是犯罪行为。

②某种心理状态，不论是故意还是过失，如果不是表现在刑法禁止的危害行为上，这种心理状态就不具有

刑法上的意义，即不属于犯罪的故意或者过失。可见犯罪的主观方面和客观方面是不可分割的，离开了任何一个方面，另一方面就不存在。因此，刑法在对待刑事责任问题上，始终坚持主客观相一致的立场，既反对主观归罪，也反对客观归罪。

研究犯罪的主观方面，具有重要意义：

1.有助于正确定罪。法律要求任何犯罪都必须具备主观罪过，而且任何具体犯罪的罪过形式和内容，以及是否具备特定的犯罪目的，有助于正确区分罪与非罪、此罪与彼罪、重罪与轻罪的界限。

2.有助于正确量刑。故意和过失是两种不同的主观心理活动。早在两千多年前，古希腊思想家柏拉图就注意到故意和过失的区别。指出，故意犯罪是有意犯罪，是心灵的败坏，而过失犯罪是无意犯罪，两者是有明显区别的。例如，如果有人在体育比赛中或者公共游戏中，无意杀死了自己的朋友，他将不受法律惩罚或者受较轻的惩罚。同样的法律也适用于医生，如果医生无意把病人治死了，他将不负法律责任。亚里士多德也指出，同样是杀人，有故意杀人和过失杀人，这在量刑方面应有区别，不能一概而论。我国历史上早在西周时代的刑法中就在量刑时区分故意和过失，《康诰》中记载，虽犯小罪，却不是由于过失，而是惯犯，就不可不杀；反之，罪虽大，但不是惯犯，又出于过失，就不可处死。现在，我国的法律对故意犯罪和过失犯罪都规定了轻重不同等刑罚。同是故意犯罪或者过失犯罪，由于其故意或者过失的具体内容不同，其量刑的具体规定也不同。因此，查明罪过形式，对准确定性和量刑是有重要意义的。此外，对于犯罪的目的、动机的掌握，对犯罪人的主观恶性和人身危险性有充分的把握，也是量刑时参考的重要因素。

第二节　犯罪故意

一、直接故意

(一)犯罪故意的概念

刑法第 14 条规定：“明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生，因而构成犯罪的，是故意犯罪。”

因此，所谓故意，是指行为人明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生的一种心理态度。它是由两方面的心理因素构成的，即认识因素和意志因素。

1.认识因素。即行为人明知自己的行为会发生危害社会的结果。这是构成犯罪故意的前提条件。所谓明知，就是明确地预见和认识到自己的行为以及行为的后果。明知的内容，刑法概括为“明知自己的行为会发生危害社会的结果”，这种结果是同犯罪客体、客观方面的要件紧密联系在一起的。在具体的犯罪中，明知的内容应当包括自己行为的性质和方式，例如是抢劫行为还是杀人行为；也包括行为指向的对象和侵害的法益，例如他人的生命、健康或者财产等；还包括行为可能造成的危害结果以及其他一切属于犯罪构成要件的事实，例如窝藏赃物的，要求明知是犯罪所得的赃物而予以窝藏的，才能构成犯罪。当然对于明知的具体含义的理解和解释，有不同的对待。有人认为，明知是指知道和应当知道。这种解释就超出了“明知”一词在语言意义上的一般用法。

所谓“明知自己的行为会发生危害社会的结果”，包含认识到这种结果必然发生和可能发生两种情况。对于这种认识，只要求行为人对于自己行为的社会危害性有认识，而不要求行为人认识自己行为的违法性。一般情况下，原则上无论行为人是否明知自己的行为违反刑法，都不影响故意犯罪的成立。具有刑事责任能力的人，按照社会上一般人的认识程度的标准，是能够判断是非、善恶的，具有一般意义的价值观和伦理观。违反这一一般的正义的活动，就是不应当做的。犯罪行为人的认识，就是认识到了自己的行为与社会上某种利益相冲突，而自己的行为又不符合一般的伦理、正义的要求，背离了社会上正常人的价值水准。不过，在某些特殊情况下，

却是有正当理由说明不知某种法律而实施了某种行为，就难以认定其为故意犯罪。当然，这种情况是极其少见的。在各国刑法上，普遍奉行的原则是不知法律不免责。甚至有些国家的刑法当中，还特别对于某些犯罪实行严格责任，无非是为了排除把行为人对法律、对事实的认识作为认定这些犯罪的必备要件。我国刑法也规定“醉酒的人犯罪，应当负刑事责任”，这就堵上了由于醉酒而失去意识的人把对于自己的行为一无所知作为辩护的理由的缺口。由此可见，刑法上规定的明知自己的行为会发生危害社会的结果，是在这种明知的一般性意义上，是在这种明知的内容的一般性意义上理解的。这里所谓的一般性意义，是指它是不能够机械地、绝对化地、概念性地理解，而应当以一般的正义去衡量。

2.意志因素。即行为人“希望或者放任危害结果发生”。这是成立犯罪故意的决定性条件。因为只有认识因素，而无意志因素，就缺乏实施危害社会行为的心理决策，因而也就不会有犯罪的故意。在这里，所谓希望危害结果发生，是指行为人对于危害结果抱着积极追求并通过一系列犯罪活动，促使这种结果的发生的心理态度。例如，故意杀人罪中，行为人所希望的具体危害社会的结果是他人的死亡，而不是他人健康的损害。所谓放任危害结果发生，是指行为人不希望危害结果发生，但是也不阻止和避免危害结果发生，而是顺其自然，不加干预，任凭其发生的心理态度；结果发生，不违背行为人的意志；结果不发生，行为人也不认为违背其意志。

(二)直接故意

根据刑法第 14 条的规定和行为人对自己的行为引起的危害结果认识程度和所持的态度不同，把犯罪故意分为直接故意和间接故意。

直接故意，是指行为人明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望这种结果发生的心理态度，构成直接故意，必须具备以下条件：

①在认识因素上，行为人认识到自己的行为必然或者可能发生危害社会的结果；这种认识包括对现有事实的认识和对未来事实的认识。

②在意志因素上，行为人希望危害结果发生。危害结果是行为人积极追求的，也是其犯罪活动所要达到的目的。希望危害结果发生，是直接故意的根本特征。

在直接故意的犯罪中，还包含有犯罪目的和犯罪动机。

犯罪目的，是指行为人希望通过实施危害行为达到某种危害结果的心理态度。它反映着行为人尚未实现或者已经实现某种愿望。也就是说，它是危害结果作为观念形态在行为人头脑中的反映。因此，在放任故意和过失犯罪中，由于行为人不希望危害结果发生，因而不存在犯罪的目的。

犯罪目的，是犯罪构成中的选择性要件。在一般情况下，它不是犯罪构成所必需的。但是，在当某种目的规定于某一个具体犯罪的罪状中时，它就成为该种犯罪的必备要件。如果不具备这种目的，该罪就不能构成。例如，刑法第 152 条规定的走私淫秽物品罪中，就规定必须以牟利或者传播为目的，该目的是其犯罪构成的法定的必备要件，缺乏这个目的，就不构成此罪。还有的犯罪，是以犯罪目的的不同来区别此罪与彼罪。例如，刑法第 232 条规定的故意杀人罪的犯罪目的是非法剥夺他人的生命，如果行为人有剥夺他人生命的目的，而在实际上没有把被害人杀死，仍然构成故意杀人罪(未完成形态)；如果没有剥夺他人生命的目的，而只有伤害他人身体的目的，即使造成了被害人死亡的结果，也不能以故意杀人罪定罪，而只能定为刑法第 234 条第 2 款规定的故意伤害罪(致人重伤或者死亡)。

犯罪动机，是指刺激行为人实施危害社会行为以达到犯罪目的的内心起因。这是推动行为人实施危害行为的内在动力。“动机之下，人会一往无前，赴汤蹈火。”(威廉·詹姆斯语)不同的犯罪主体，不同的犯罪当中，犯罪的动机是各不相同的。亚里士多德就曾分析了各种不同的犯罪动机，认为有的犯罪是由于缺乏衣食而造成的，有的是由于人们的情欲而引起的，有的是由于人们有过多的奢望而引起的。十七世纪英国思想家霍布斯则认为人们之间争斗的原因在于三种动机：“第一是竞争；第二是猜疑；第三是荣誉。第一种原因使人为了求利，第二种原因使人为了求安全，第三种则使人为了求名誉而进行侵犯。”

无论犯罪的动机有多大的不同，它都不是犯罪构成的要件，也不决定犯罪的性质。但是，犯罪动机在一定程度上反映行为人主观恶性的大小。因此，它只能作为一个情节，对定罪量刑有一定的影响。

二、间接故意

间接故意，是指行为人明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生的心理态度。构成间接故意，需要具有以下内容：

①认识因素，即明知自己的行为会发生危害社会的结果。直接故意或者间接故意，从认识因素上来说，两者是一致的 ,即都是“明知自己行为会发生危害社会的结果”,但是两者对危害结果发生的认识程度是有所不同的。间接故意，只是预见到危害结果发生的可能性，不是预见到危害结果发生的必然性。如果是行为人预见到自己的行为发生结果的必然性，即不可避免地发生，那就不是对于结果的发生听之任之的态度了。因为在这里就不存在对结果的放任的态度，这样就属于直接故意了。

②意志因素，即放任危害结果的发生。放任危害结果的发生是放任故意的根本特点。所谓放任危害结果的发生，既不是积极追求、希望这种结果发生，也不是希望这种结果不发生、避免这种结果，而是对危害结果的发生采取听之任之的态度，发生了危害结果，并不违背行为人的本意；没有发生危害结果，也不违背行为人的本意。

犯罪的间接故意，大致有以下几种情况：

①行为人追求一个犯罪目的，而放任另一个危害结果的发生。例如，行为人投毒杀害自己的妻子，而放任其孩子被毒死的结果发生。

②行为人为达到某种非犯罪的目的，放任某种危害结果的发生。例如，行为人开枪打猎，放任打死猎物附近的行人。

直接故意和间接故意反映着行为人主观恶性的不同程度。一般而言，间接故意的主观恶性比直接故意的主观恶性要浅一些。因此，在量刑的轻重上应予以考虑，但是不能绝对化。

把故意划分为直接故意和间接故意，是刑法理论上的概括。刑法条文上统称为故意犯罪。因此，应当认为，凡是分则条文中规定故意犯罪的，除有特殊情况外，一般都包括希望的故意和间接故意。当然，在引用法律条文确定罪名时，没有必要在判决书当中或者其他司法文书上具体划分直接故意和间接故意，统称为故意犯罪即可。

从以上内容可以看出，直接故意和间接故意有相同之处，也有某些差别。两者的相同点是，都是故意犯罪，行为人都明知自己的行为会发生危害社会的结果。两者的区别在于：①直接故意是行为人明知危害结果可能发生或者必然发生；间接故意则只是明知危害结果发生的可能性。②直接故意是希望危害结果发生，间接故意只能是放任危害结果发生。

第三节　犯罪过失

一、疏忽大意的过失

(一)犯罪过失的概念

我国刑法第 15 条规定 :“应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免，以致发生这种结果的，是过失犯罪。”从这个规定来看，所谓的过失，是指行为人应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免的心理态

度。

犯罪过失的心理态度，不是普通的心理态度，而是与危害社会的结果紧密联系的一种心理态度。如果没有危害社会的结果发生，犯罪的过失也就不存在；但是，如果发生了危害社会的结果，但是这种危害结果并未达到法律规定所要求的程度，犯罪过失同样也是不存在的。

(二)疏忽大意的过失

根据我国刑法的规定，过失分为疏忽大意的过失和过于自信的过失。

疏忽大意的过失，也称为无认识的过失，是指行为人应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，由于疏忽大意而没有预见，以致发生这种结果的心理态度。

疏忽大意的过失有如下几个特点：

①行为人应当预见到自己的行为可能发生危害社会的结果。所谓应当预见，是指行为人负有预见的义务，而且能够预见。一要有预见的义务，是指行为人实施行为时，根据法律规定和职务上与业务上的要求而负有预见自己行为的后果的责任。不负有预见的义务，不能构成过失犯罪。二是能够预见，是指行为人在主观上具有预见的能力，即行为人必须达到刑事责任年龄，具有刑事责任能力，具有相应的知识、经验和技能，在客观上具有行为人预见的条件和环境，即在气候、环境、时间、地点、事物、现象等方面不妨碍行为人主观预见能力的发挥，在这主观、客观方面的能力、条件同时具备时，才能作出行为人能够预见的判断。所谓可能发生，是指行为具有引起或者不引起某种危害社会结果的趋势。行为具有引起某种结果发生的趋势的，才能谈得上预见的问题。如果行为在客观上不具有引起某种结果发生的趋势，就不存在预见的义务和可能的问题。

②行为人由于疏忽大意，而没有预见到这种危害结果的发生。所谓没有预见到，是指行为人在行为时没有想到自己的行为可能发生危害社会的结果，而不是指行为人从来就不知道会发生这种结果。所谓疏忽大意，就是粗心、马虎，不仔细，不注意，不负责任。疏忽大意是导致没有预见的根本原因，它既是这种过失的重要心理特征，也是行为人承担过失责任的根据。疏忽大意的概念中包含的不注意的意思，要从心理学上得到解释。在一定的时空条件下，人的心力是有限的。用在一事物上的多了，用在他事物上就相应地少了。一个正常行为的人，在行为时不会不投入心力，只不过投入到其他事物上的太集中，而由于在某一事物上投入太少，忽略了这一事物所蕴涵的危机，导致危害社会结果的发生。对于造成危害结果的这一事物而言，才存在不注意的问题。对于他投入太多心力的事物而言，他不仅注意了，而且完全是在希望那个事物朝着他追求的方向发展，是故意为之。

二、过于自信的过失

过于自信的过失，也称有认识的过失，是指行为人已经预见到自己的行为可能发生危害社会的结果，但是轻信能够避免，以致发生这种结果的心理态度。

过于自信的过失有以下几个特征：

①行为人已经预见到自己的行为有发生危害结果的可能性。如果行为人在行为时根本没有预见到这种可能性，那就不是过于自信的过失，而有可能是疏忽大意的过失或者意外事件。

②行为人轻信能够避免危害结果的发生。所谓轻信，是指没有确实可靠的根据而轻率地相信。实践中，行为人总是过高地估计了可以避免危害结果发生的有利因素，过低地估计了促使危害结果发生的不利因素，因而才产生轻信的心理。轻信的根据是不可靠的，但是毕竟这还不是毫无根据的。行为人常常认识到凭借自己的丰富的经验、敏捷的动作、熟练的技巧、强健的体魄和客观上各种有利的条件等等，可以避免危害结果的发生。因而，才产生了轻信危害结果发生的心理。但是，这些条件确实是存在的，如果客观上根本不存在可避免危害结果发生的条件，行为人又认识到自己行为可能发生危害社会的结果，而且实际上又造成了危害结果的，那就不是轻信，而是放任。因此，要考察行为人实施危害行为时是否存在导致行为人产生轻信的主观和客观条件。

过于自信的过失和间接故意两种心理状态，既相类似，又有本质的区别。它们的相似点在于：①行为人都预见到自己的行为可能发生危害社会的结果，②行为人都不是希望危害结果的发生。

它们的主要区别在于，过于自信的过失不仅不希望危害结果的发生，而且希望并且相信能够避免这种结果的发生。间接故意虽然不是希望结果的发生，但是也不是希望它不发生，而是对这种结果的发生采取放任的态度，既不积极追求又不设法避免。

最后，需要注意的是，人的所有的行为，都必然首先表现为一种希望故意的行为。也就是说，主体的行为，只有直接故意的行为才能够独立地发生、进行和控制。其他一切行为，只能伴随直接故意的行为才能够出现。间接故意，不能脱离一个直接故意的行为。疏忽大意的过失，必然是在一种直接故意的行为发生时有所表现。过于自信的过失，更是在希望的故意的行为进行过程中打断了它的正常追求。这样认识，我们对于行为的主观方面分化成各种不同的心理活动内容就比较容易理解了。但是，所有的行为都首先表现为直接故意的行为，决不是说，所有的直接故意的行为都是犯罪，或者说其他任何一种行为的发生都是以直接故意犯罪的行为为先导的。

关于意外事件问题

我国刑法第 16 条规定 :“行为在客观上虽然造成了损害结果，但是不是出于故意或者过失，而是由于不能抗拒或者不能预见的原因所引起的，不是犯罪。”这种情况，在刑法理论称为意外事件。

意外事件的主要特点是：

①行为人的行为在客观上造成了损害结果。客观上出现的损害结果不是由行为人的行为所引起的，行为人的行为与损害结果之间有因果关系。如果客观上出现的损害结果不是行为人的行为所引起的，而是纯粹由于自然现象、动物侵袭等原因造成的，则不能称为意外事件。也就是说，纯粹出于行为人的行为之外的原因引起对于社会的损害结果的，不是意外事件。而行为人的行为中，也可能掺杂着行为之外的原因，即在行为与行为之外的因素相互作用下，造成了某种损害结果，也应视为符合这一条件。

②行为人对自己的行为所造成的结果，既无故意，也无过失。即行为人在行为时不具有罪过。根据刑法的基本精神，无罪过则无犯罪，也无刑事责任。

③损害结果的发生，是由于不能抗拒或者不能预见的原因引起的。行为人的行为在客观上造成的损害结果是由两种原因造成的。一种是不能抗拒的原因，是指行为人当时全部智慧和力量都无法抗拒，也就无法阻止它所引起的危害结果的发生。此种原因，既可能来自自然灾害，如狂风、暴雨、海啸、山崩、地震、雷电等等；也可能来自动物的侵袭；还可能来自人为的因素，如他人的袭击、自身的身心障碍等等。一种是不能预见的原因，是指行为人没有预见，而且根据当时的客观情况和行为人的主观认识能力，也不可能预见的原因。

在意外事件与疏忽大意的过失之间，有一定的相似点，但又是两种不同的概念，要把它们区别开来。

它们之间的相似之处在于，行为人对危害结果的发生都没有预见。

它们之间的区别在于，意外事件，是行为人对危害结果的发生，由于根据当时的实际情况，完全不可能预见。而疏忽大意的过失，是行为人在当时的实际情况下完全可以预见危害结果的发生，但是由于疏忽大意而没有预见。可见，这两种情况，行为人在主观心理状态上是完全不同的，这就决定了意外事件不是犯罪，而疏忽大意的过失则可以构成过失犯罪。

第四节　刑法中的认识错误

一、法律上的认识错误

行为人在法律上的认识错误，是指行为人对于自己行为的法律地位的错误认识。犯罪是违反刑法的行为。行为只有违反刑法，才能构成犯罪。对于行为是否违反刑法的判断，标准是刑法规范，而不是行为人凭空想象。行为未触犯刑法，即使行为人自以为已经犯罪，也不能认为是犯罪；行为触犯刑法，行为人自己以为并未犯罪，也不能否定其行为的犯罪性质。总之，行为是否构成犯罪，要严格地依照刑法的规定进行判断，而不以行为人的认识为转移。在司法实践中，行为人在法律上的认识错误主要有以下几种情况：

1.行为在刑法上不认为是犯罪，而行为人认为已经构成犯罪。构成此类错误认识的，行为人法律知识欠缺，往往是对于自己的单纯迷信行为、不道德的行为、不正当的行为、一般违法行为以及排除犯罪性的行为等等，误认为是犯罪行为。

2.行为在刑法上构成犯罪，而行为人认为并未构成犯罪。这种情况，多为行为人受到传统观念的影响，对于刑法的规定一无所知而形成。比如，经常发生的为民除害，大义灭亲，家法制裁，私设公堂，非法搜查，非法侵入住宅，私拆他人信件，暴力干涉婚姻自由等等，都是由于行为人认为自己在法律上有相关的权力，但是实际上，都是违法犯罪行为。

3.行为人对于自己的犯罪行为的刑罚的错误认识。对于犯罪的量刑，要以犯罪事实和刑法规定裁判。多数行为人对此是不可能有正确认识的。不过发生这种错误认识的情况，往往也是由于行为人受到传统观念影响所致。例如，人们习惯上说杀人偿命，欠债还钱，有的人就认为自己的行为造成他人死亡的，无论什么原因、什么动机、什么情节等等，都会判处死刑。实际上，刑法规定故意杀人罪的法定刑，上至死刑，下至 3 年以上有期徒刑；而过失杀人罪，则上至 7 年，下至 3 年以下有期徒刑。具备减轻处罚或者免除处罚情节的，还可得到减轻或者免除处罚的对待。

二、行为人在事实上的认识错误

行为人在事实上的认识错误，是指行为人对于自己行为时的事实情况发生了错误的认识。行为人对犯罪客体和犯罪事实的认识，是罪过的重要内容。因此，行为人对于行为当时事实情况的认识错误，会影响其刑事责任。在司法实践中，行为人在事实上的认识错误，主要是对于行为的目标和行为的手段的认识错误两种情况，下分述之：

1.行为人对目标的错误认识。是指行为人对于自己行为所指向的事物的性质和种类的认识错误。包括两种情况：①行为人没有认识到其行为的社会危害性，实施该行为却造成了危害社会的结果，例如误以人为物、误以人为兽而加以杀伤的，根据实际情况，可能分别构成过失犯罪，或者构成意外事件。②行为人已经认识到自己的行为的社会危害性，在实施该行为时，对侵害的目标发生错误认识，例如，误以物为人、以兽为人或者以某甲为某乙而加以杀伤的，不影响其原定犯罪罪名的成立。当然，在侵害了物或者兽的场合，为该犯罪的未遂形态。

2.行为人对手段的错误认识。是指行为人对其选择的犯罪手段的认识错误。例如，误把白糖当砒霜，误把饮料当农药杀人的，尽管犯罪属于未遂形态，但是不影响罪过的成立。但是，行为如果本来明知某种物品并非具有杀伤力，而采取诅咒等迷信方法，认为这种物品变成信息水、信息物，就会具有杀伤力，从而用以杀伤人的，不属于对手段的认识错误，不构成犯罪。

思考题：

1.什么是犯罪的故意？它有哪两种基本类型？

2.什么是犯罪的过失？它有哪两种基本类型？

3.如何区别间接故意与疏忽大意的过失？

4.什么是犯罪的目的和动机？它们之间有哪些联系和区别？

5.刑法中的认识错误包括哪些？实践中如何处理？

参考书目：

1、王作富主编：《刑法》，中国人民大学出版社，1999 年 12 月第 1 版。

2、何秉松主编：《刑法教科书》，中国法制出版社，1997 年 12 月第 1 版。

3、杨春洗、杨敦先主编：《中国刑法论》，北京大学出版社，1998 年月第 2 版。

4、陈兴良著：《刑法哲学》，中国政法大学出版社，1997 年 8 月第 1 次修订版。

5、刘生荣著：《犯罪构成原理》，法律出版社，1997 年 12 月第 1 版。

6、阮齐林主编：《刑法总论案例教程》，中国政法大学出版社，1999 年 5 月第 1 版。

第七章　排除社会危害性的行为

教学目的与要求：让学生全面掌握正当防卫、紧急避险的概念、特征，构成条件；防卫过当、避险过当的条件。让学生一般了解事前防卫、事后防卫、假想防卫的概念。

教学重点：正当防卫的概念和构成条件；无限防卫的概念和构成条件；紧急避险的概念和构成条件；正当防卫和紧急避险的联系和区别；防卫过当和避险过当应承担的刑事责任。

教学难点：正当防卫和和紧急避险的构成条件；正当防卫和紧急避险的区别；无限防卫权。

教学方法：讲授

学　时：2学时（第5周）

第一节　排除社会危害性的行为概述

一、排除社会危害性的行为概念与特征

社会危害性，是犯罪的最本质的特征，是区分一个行为是否构成犯罪的基本标准。但是现实社会是纷繁复杂的，常常发生一些行为，从表面上看，似乎具有社会危害性，符合刑法分则规定的某种犯罪构成的要件，而实际上，这些行为由于发生于特殊的条件，具有特殊的性质，所以不但不具有社会危害性，相反却是对国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产或者其他利益有益的行为，决定了它们不仅不是违法的，而且是完全符合伦理正义的、国家法律保护的、鼓励的行为。这种行为在刑法理论上称为排除社会危害性的行为，比如正当防卫行为、紧急避险行为，等等。

大多数国家的刑法对于正当防卫和紧急避险行为都有规定，认为在正当防卫和紧急避险情况下实施的行为应当免除刑事责任。在大陆法系国家，一般把这些行为称为违法阻却性的事由，认为这些行为是缺乏违法性的行为，因而应当免除刑事责任。在英美法系国家，一般把这些行为称为辩护理由，认为正当防卫行为和紧急避险行为造成一定损害并且符合某种犯罪的要素时，并不一律免除罪责，而是由行为人主张自己具有此种辩护理由，从而得以免除或者减轻其刑事责任。无论在理论上作如何的论证，这些行为在世界各国都得到大致相同的对待，即它们是被视为没有社会危害性，同时有益于社会的行为。正因如此，排除社会危害性的行为应当免除刑事责任。在我国刑法中，只规定了正当防卫和紧急避险两种。不过，执行命令的行为、正当业务行为、被害人同意的行为等等，一般也被视为排除社会危害性的行为。

我国刑法之所以规定排除社会危害性行为，其意义在于：有利于鼓励和支持广大公民同违法犯罪行为和自然灾害作斗争，以保护国家和人民的合法权益不受侵害；有利于树立良好的社会道德风尚，增强公民同犯罪作斗争的道德义务和法律义务观念；对于减少犯罪、预防犯罪，巩固人民民主专政的政权，保卫社会社会主义制度有深远的意义。

（二）排除社会危害性行为的特征

1．正当性。是指该行为为法律所肯定和积极评价。

2．善意性。是指行为人在实施排除社会危害性行为时，必须处于排除危害、保护正当利益的善意。

3．私力性。是指以自己的力量和条件排除其面临的紧急危害。

4．有利性。从功利角度讲，就是对社会有利的行为。

5．损害性。是指其本身给社会某种利益造成一定的损害。

二、排除社会危害性行为的种类

（一）正当防卫

（二）紧急避险

（三）依照法律的行为

这是指依照法律行使权利或者履行义务的行为。这里所讲的法律是广义的法律，包括法律、法令、决议、命令、章程、条约等各种法律规范的具体表现形式，由于法律规范的一致性，依照法律的行为当然不是刑法上的违法的危害社会的行为，但是有些依照法律的行为，其权利的行使或者义务的履行包含着合法地对某种利益的侵害或者损害，从而蕴藏着滥用法律、非法侵害他人权利或者国家利益的可能性。当这种可能性变成现实性时，这种行为就成为刑法上的违法的、危害社会的行为。依照法律的行为可分为两类：

1.职权（职务）行为。这是指国家工作人员依法行使职权或者执行职务的行为可分为两类。例如，根据刑事诉讼法的规定而采取的逮捕、拘留、监视居住等强制措施，或者搜查、检查等侦察手段，或者死刑、徒刑、拘役、管制等刑罚的执行。又如，依照法律从事生产、运输、管理、使用国家管制的麻醉药品和精神药品，等等。

2.权利（义务）行为。这是指一般公民依法行使权利或者履行义务的行为。例如，公民扭送人犯、家属或者监护人依法对精神病人或者不负刑事责任的未成年犯的监护、看管或者管教。

依照法律的行为必须具备以下两个条件：

①行为人必须基于依法行使权利（职权）或者履行义务（职务）的目的，而不是出于其他非法目的。在行为时，行为人认识到自己所实施的是法律许可的权利行为或者义务行为，而且是为了保护国家利益、公共利益、本人或者他人的合法利益。如果明知自己的行为是违法的，或者出于其他不正当的目的，造成了危害社会的结果，不能排除其行为的犯罪性。

②行为人的行为必须在形式上和事实上都符合法律的规定，而不是滥用法律规定的权利或者职权。国家的法律不仅规定了公民当为与不当为的行为，而且还规定了如何正确实施自己的权利行为与义务行为。行为人只有按照国家法律规范自己的行为，才能达到保护国家和人民利益的目的。因此，依照法律的行为必须是在法定的限度内进行，否则就会给社会造成不应有的危害。

（四）依照上级命令的行为

这是指国家工作人员依照上级领导机关或者领导人发布的命令实施的职务上的行为。它必须具备五个条件：

①必须是上级领导机关或者领导人在其职权范围内发布的命令。国家工作人员对所属上级国家工作人员业务管辖范围内的命令有服从的义务，但对上级国家工作人员超越职权的命令无需执行。如果明知是超越职权的上级命令而予以执行，造成严重后果的，应当承担刑事责任。

②命令的内容必须是下级国家工作人员在职务范围内应当实施的行为。

③命令的形式和内容都不得违反法律。上级国家工作人员对下级国家工作人员下达命令，应当符合法定的程序，下级国家机关工作人员才有义务执行。如果受命者明知发布命令的形式是违法的，而予以执行，造成危害社会的结果的，就不能排除行为的犯罪性。同时，如果下级国家机关工作人员发现上级国家机关工作人员所发布的命令是违法犯罪的，就应当拒绝执行，否则执行者就是命令者的共同犯罪人。

④命令的执行人对上级命令的违法性缺乏明知。执行人在执行命令时尚未发现命令的内容的违法性，而且根据当时的具体情况也不可能预见，则不能认为执行人的行为是犯罪。

⑤命令的执行不得逾越命令的范围。国家工作人员在执行上级命令时，必须遵照上级命令的内容进行，不得超过命令的事务范围。因此对于受命者执行命令超过限度，造成不应有的危害的，应当追究刑事责任。

（五）业务上的正当行为

是指从事特定业务的人，在业务的必要上实施的正当行为。例如，医生为了挽救病人的生命而为病人截肢；职业拳击手在拳击比赛中把对手击伤或者击伤致死。

业务上的正当行为必须具备以下条件：

①必须是合法的正当的业务。业务的正当性，是通过法律规范的调整而实现的，它包括两个方面的条件：一是从业者本身具有依法从事某种特定业务的实际能力；二是所从事的业务已经依法经过有关主管部门的许可或者事实上已经得到社会公众的认可。只有符合上述条件，才能认为是正当业务，否则不能认为其业务行为是正当的，也就不能排除其犯罪性。

②必须是业务范围内的正当行为。任何一种业务都有其自身的特点和专业知识、技能的要求，从业者只有在所许可或者认可的特定职业范围以内从事业务活动，才能有益于社会。如果行为超出了所从事业务的许可或者认可的范围，由此而造成对社会的严重危害的，应当承担刑事责任。

③行为不得超出业务上的必要限度。正当业务行为都是社会所需要的有益行为，因而每个从业人员就必须根据其所从事的业务的实际需要严格进行。如果其行为违反了操作规程和制度，或者行为结果超过了保全合法权益或者发展社会福利的界限，给社会造成了不应有的损害，就不能排除其犯罪性。例如，医生不是出于医疗上的必要而任意给病人截肢，这就是超出业务上要求的必要限度。

（六）基于被害人承诺（同意）的行为

是指基于被害人所承诺的对自己权益的侵害而实施的行为。

罗马法上有所谓得承诺者不为罪的原则，除禁止让度的权利外，基于被害人承诺而对其实施的侵害都不构成犯罪。现代国家刑法继承了这个原则并加以严格限制。例如，对于基于被害人承诺的杀人，许多国家都根据生命绝对不可侵犯的原则，认为不能阻却其违法性。关于安乐死是否阻却违法性，大多数国家刑法至今仍然持否定态度。对基于被害人同意的伤害、堕胎等行为是否阻却违法性，虽然有的国家刑法持肯定态度，但也有的国家在刑法上明文规定要追究刑事责任。至于侵害国家利益或者社会利益的行为，一般都认为不得因个人承诺而阻却违法性。可见，并非所有的基于被害人承诺的行为都排除违法性和社会危害性。在这个问题上，法律上的限制是严格的，特别是对侵害生命、健康等人身专属利益的行为更是如此。　　在我国，法律对这个问题没有明文规定，根据我国的刑事政策及国外的经验，我们认为，基于被害人承诺的行为，必须具备以下条件：

①承诺人必须是被侵害的利益的主体或者权利人。

②承诺人必须是具备完全的民事行为能力，并具有正确理解承诺内容和作出有效承诺的能力。

③承诺必须是被害人自觉自愿的抉择，而不是由于无知或者被胁迫、被欺骗的结果。

④承诺的内容必须是法律所允许的被害人有权自由处置的个人利益。任何个人都无权对国家和社会利益的侵害作出承诺。

⑤被害人的承诺必须在侵害行为实施前明确表示，行为实施后或者结果发生后的事后承诺原则上无效。

⑥侵害人对被害人的承诺必须有明确的认识，而且是根据承诺实施侵害行为。

另外，还有自救行为（以自己力量保存或者满足自己权利的行为）、自损行为（自己损害自己法益的行为，如自杀）、被允许的危险或者容许危险（在重要的生产部门或者生活领域由于科学技术的高度发展所必然包含的重大危险，刑法必须在一定限度内加以容许并对所产生的危害结果免除责任）以及安乐死等。这些行为是否排除犯罪性，尚存在分歧，需进一步研究。

第二节　正当防卫

一、正当防卫的概念

我国刑法第 20 条规定 :“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为，造成不法侵害人损害的，属于正当防卫，不负刑事责任。”根据这一规定是，所谓正当防卫，就是指为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而对不法侵害者实施的造成一定损害的行为。

上述规定表明，我国刑法上规定的正当防卫具有两个鲜明的特点，一是在客观上，它是同违法犯罪行为作斗争，保护国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利，而对不法侵害人造成一定损害的正当行为。这种行为本身并不具有社会危害性，而是对社会有益的行为。二是在主观上，实施这种行为的动机、目的，是行为人为了保护国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利，表现为采取了使之免受正在进行的不法侵害的行为。因此，正当防卫和犯罪有着本质的区别，它不仅不构成犯罪，而且是法律赋予公民同违法犯罪行为作斗争的一种正当的合法的防卫的权力。

刑法规定正当防卫的意义在于：①在刑法上明确规定公民对于正在进行的不法侵害有权采取正当防卫的行为加以制止，并对由此而造成的损害不负刑事责任。这就在法律上明确了每个公民面对正在进行的不法侵害有予以反击、予以制止的权利。这对于鼓励、教育和支持广大公民积极、勇敢地同违法犯罪作斗争，保护国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利，维护社会主义法治的正常秩序，培养社会主义道德风尚和法律意识，都有十分重要的作用。②刑法关于正当防卫的规定，可以对犯罪分子起到一定的威慑作用，这对于预防和减少违法犯罪行为的发生有一定的作用。③正当防卫制度体现并贯彻了专门机关与群众相结合的方针，一方面要充分发挥专门机关的职能，另一方面也要充分运用法律赋予公民的正当防卫权利，更直接、及时地同违法犯罪现象作斗争。

二、正当防卫的构成要件

正当防卫是法律赋予公民同违法犯罪行为作斗争的一种重要的权力和手段,目的是及时制止不法侵害行为，保护国家、公共利益和公民的合法权益。这种权利必须正确行使，才能达到防卫的目的。如果行使不当，反而会危害社会，破坏社会主义法治，转化为犯罪。所以，法律规定正当防卫必须具备一定的条件。根据刑法第 20 条的规定，正当防卫必须具备以下五个方面的条件：

1.必须是为了保卫国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受不法侵害才能实行正当防卫。

无论是国家利益、公共利益，还是本人或者他人的人身、财产和其他权利，当受到不法侵害时，每个公民都有权利实行正当防卫。保护合法权益，表明防卫目的的正当性，是成立正当防卫的首要条件，也是刑法规定正当防卫不负刑事责任的根据，只有防卫目的的正当性，才能保证其行为对社会的有益性和排除其行为对社会的危害性。根据行为人防卫目的是否正当和有无正当防卫的目的，可以把如下几种行为排除在正当防卫行为之外：

①防卫挑拨。这是指行为人为达到某种目的,故意挑起对方对自己进行侵害然后借口实施“正当防卫”来侵害对方的行为。在防卫挑拨中，挑拨者实施的行为，表面上似乎符合正当防卫的客观条件，但是由于对方的不法侵害是由挑拨者故意引起的，挑拨者主观上不具备正当防卫的意图，客观上实施了不法侵害行为，因此防卫挑拨具有社会危害性，如果构成犯罪，应当按照故意犯罪追究其刑事责任。

②互相斗殴。这是指双方都具有非法侵害对方的意图而发生的互相侵害的行为。由于互相斗殴的双方主观上都有加害对方的故意，所以不存在侵害者与防卫者之分，都不属于正当防卫行为。但是应当注意的是，如果互相斗殴的双方，有一方停止殴斗而退避不予还手，另一方却继续追打进攻，一方在无路可退的情况下，为了保护自己的合法权益被迫进行防卫而造成一定损害的，应当视为正当防卫。

③为了保护非法利益而实行的防卫，由于不具有目的的正当性，因而也不是正当防卫行为。例如，走私犯为了保护走私的物品而将盗窃走私物品者打伤或者打死；盗窃犯为了保护所窃得的财物而将抢劫其赃物的人打伤或者打死；赌博犯为了保护赌资而将另一行抢的赌徒打伤或者打死，均为实现其保护非法利益目的，并不是为了保护合法财产权利和社会利益，因而并不是排除社会危害性的行为，不能成立正当防卫。

④主观上出于加害对方的故意，在行为实施过程中，却无意中制止了对方对他人正在进行的不法侵害，这类行为由于行为人主观上对于他人的不法侵害根本没有认识，不存在防卫意图，只是偶然地通过自己对对方的不法侵害而制止了另一个正在发生的不法侵害，因而不属于正当防卫。例如，某甲与某乙积怨很深，一直在策划伤害某乙。某日，某甲买来猎枪装好枪弹，持枪去某乙家，恰好此时某乙在屋内正欲强奸某妇女。某甲对此并未觉察，仍按事前的计划，踢开门就对准某乙腹部开枪，当场将某乙打伤。在本案中，某甲虽然保护了某妇女性的不可侵犯的权利，表面上看符合正当防卫的客观条件，但是由于某甲对某乙实施的仅仅是预谋的犯罪，根本不存在防卫意图，某妇女虽然免受侵害，只是偶然的巧合，因此是不能成立正当防卫的。

2.必须是对不法侵害行为才能实施正当防卫。

所谓不法侵害，就是危害社会的行为，包括对国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利的侵害。一般而言，不法侵害行为，既包括犯罪行为，也包括一般违法行为，例如违反治安管理处罚条例的行为。不法侵害行为的存在，是正当防卫的起因，只要法律保护的国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利受到不法侵害时，任何公民都有权实行正当防卫，以制止不法侵害的发生和反击不法侵害的进行。

值得注意的是，我国刑法的规定和司法实践都表明，并不是对于任何犯罪行为和一般违法行为都必须进行正当防卫。由于不法侵害行为的种类、情节极为复杂，必须具体情况具体分析。一般而言，只有对那些带有一定紧迫性的不法侵害行为才可实行正当防卫和反击。所谓紧迫的侵害是指正在进行的暴力性、破坏性的侵害，形成防卫的紧迫感的侵害。然而，这种紧迫感也并不是绝对地以犯罪行为的性质为转移的。不法侵害者实施叛乱、暴乱、放火、决水、爆炸、投毒、杀人、伤害、强奸、抢劫等犯罪时，按照一般的观念固然是具有紧迫感的。但是，实施比这些犯罪远为轻微的犯罪，也不能否认它会产生紧迫感。例如，某甲男正在对某乙女进行侮辱，将某乙的衣服撕得支离破碎。一般情况下，对于侮辱罪而言，产生不了这种防卫的紧迫感，但是在这种情况下，我们就不能否认侮辱行为也会有一定的紧迫感，也是可以进行防卫的。对于其他犯罪也是同样的认识，不能一概认为对它们就不能防卫。

正当防卫既然是起因于不法侵害行为，那么对于合法行为，例如执行命令的行为，正当业务行为、正当防卫行为，紧急避险行为，当然就不能实行防卫。

3.必须是对正在进行的不法侵害行为才能实行正当防卫。

实际上这里所谓的正在进行的不法侵害行为，具体包含两个层次的意义：一是表明它是客观存在的侵害，而不是主观想象的或者推测的侵害；二是已经着手实施或者直接面临的侵害，而不是尚未开始或者已经结束的侵害。

针对真实的并且正在进行的不法侵害，是正当防卫成立的前提条件，这是因为不法侵害行为已经开始或者直接面临这一事实的存在，就使得法律所保护的利益处于不法侵害的直接威胁之下，只有在这种情况下实行的防卫，才属于正当防卫。

如果不法侵害行为并不存在，只是由于行为人主观上的认识错误，认为发生了某种不法侵害行为，并且对于想象中的不法侵害人实行了防卫，在刑法理论上称为假想的防卫。假想的防卫往往发生在两种情况下，一是在根本不存在不法侵害的情况下，误以为存在而实行防卫，一是在对于不法侵害人实行防卫的过程中，对于非不法侵害人而实行了防卫。假想的防卫造成他人的损害的，应当适用解决对于事实的认识错误的原则加以处理，可能是过失犯罪，也可能是意外事件。

不法侵害行为必须是已经开始而尚未结束的，才能实行防卫。对于尚未开始或者已经结束的就不能实行防

卫。尚未开始，是指不法侵害尚未着手，还不存在侵害的直接威胁，没有防卫的紧迫感。不法侵害行为的开始，应当理解为不法侵害的主观意图已经表现为一定的客观行为，它是实行正当防卫的时间标准。当合法权益已经处于不法侵害的紧急威胁的危险状态时，就应认为是不法侵害已经开始，此时防卫是适时的。如果只是流露了实施不法侵害的意图或者处于不法侵害的预备阶段，就不能进行防卫，否则就是事先防卫，而不是正当防卫。

已经结束是指下列三种情况：①侵害结果已经造成，侵害者不再有进一步实施不法侵害行为的意图。②侵害行为已经被制止或者侵害者已经丧失了继续侵害的能力。③侵害者当场彻底放弃了侵害，即自动中止了侵害。在这些情况下，都是已经结束了的侵害，都已经失去了防卫的紧迫感。此时进行防卫，对于侵害者造成损害的，刑法理论上称为事后防卫，也不是正当防卫。

在某些犯罪中，虽然不法侵害已经结束，但是由于不法侵害造成的不法状态还在继续。这种情况下，为了解除不法状态，应当是可以进行防卫的。例如，抢劫犯抢得财物后已经停止了暴力袭击，持赃物准备逃跑，被害人就可以在其实力夺回自己的财物，在这个过程中造成侵害者损害的，也属于正当防卫。又如，不法侵害者绑架了被害人，绑架的状态继续存在，被害人就可以在被绑架期间的任何时候实施正当防卫行为，以摆脱非法的拘禁和控制。不法侵害虽然已经结束，但是被害人扭送侵害人途中，侵害者进行抗拒或者逃跑的，也可以成为正当防卫的根据。

4.必须是针对实施不法侵害的人实行防卫。

正当防卫的目的是为了制止不法侵害，而不法侵害的行为来自侵害者，只有对不法侵害者本人进行防卫，才是有效制止不法侵害所必须，因而造成其损害的，才不负刑事责任。这是正当防卫对象上的要求。

正当防卫的对象只能是不法侵害者本人，不管其身份、地位及其与防卫人的关系如何，都不影响正当防卫的成立。至于在防卫过程中挟持、攻击侵害者的家属，或者以事后侵害其家属相威胁的，都不属于正当防卫。但是在共同进行不法侵害的情况下，所有的共同侵害人，不仅对于实际动手者可以防卫，而且可以对于在现场进行指挥、协助、怂恿的同伙也可以进行防卫。这都是符合我国刑法规定的对不法侵害者进行防卫的精神的。

过去，人们普遍认为在遭受未成年人或者精神病人的侵害的情况下，不能进行防卫，迫不得已时，只能紧急避险。现在看来这种观点是不能成立的。因为未成年人或者精神病人的侵害行为，刑法上规定由于他们没有刑事责任能力，在具有犯罪的社会危害程度的时候，不追究其刑事责任，是基于其对于自己行为的的认识和控制能力有限，施以刑罚起不到威慑和感化作用；又出于人道主义的考虑，以保安处分的方法解决他们行为的社会危害性和他们自身的人身危险性。但是，决不是说它们的行为不能形成对于国家、公共利益或者公民个人利益的侵害，决不说他们的行为不构成正当防卫的前提。况且，在他们的行为造成对于某种利益的紧迫的侵害的时候，人们很难判断出侵害者的具体年龄和真实的精神状态。刑法尚且规定对于精神病人需要经过法定程序鉴定才能定性，在其紧迫的侵害发生之时，把判断的责任留给遭受紧迫的侵害的有关人员，这是不公平的，也是不现实的。因此，应当说，只要发生不法的侵害，无论由什么人发出的，都应当允许进行正当防卫。

但是，还有一种观点认为，在遭受动物侵袭的情况下，尤其是遭受到有人唆使的动物的侵袭的情况下，可以而且只能对于动物实施防卫。单纯的动物侵袭，不存在正当防卫的问题。因为动物的侵袭无所谓合法与非法之分，同时也不符合对不法侵害者即“人”进行防卫的规定。遇到动物侵袭，抗拒它、杀戮它、制止它，都是合法的，但性质上不是正当防卫。人为唆使下，动物对于人造成侵害，性质却有所不同。因为这是属于不法侵害者借助动物这个工具或者中介来达到自己的目的，我们既可以制止其利用的动物的侵袭，这不是正当防卫；也可以制止利用动物的人对动物的唆使，对其造成一定的损害，这才是正当防卫。

5.正当防卫可以是对不法侵害者造成损害，但是不能明显超过必要限度造成重大损害。

由于正当防卫的目的是为了制止不法侵害，保护合法权益，因此，刑法第 20 条第 2 款规定：“正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。”因此，防卫行为是否明显超过了必要限度，造成了重大损害，是正当防卫与防卫过当、罪与非罪的界限。如何具体判断防卫行为是否明显超

过必要限度，造成了重大损害，法律上没有规定更加具体的标准，这就要依据刑法规定的基本精神和司法实践经验的总结来解决。

在正当防卫的必要限度问题上，自古以来就有很大争论。柏拉图在其《法律篇》地九章中对此进行了论述："如果一个人夜间在家里抓住一个盗窃犯，并把他杀死，或者出于自卫杀了一个拦路抢劫犯，那么他无罪。如果一个人对一个自由妇女或青年施行暴力，受害者可以把他杀掉，而不受任何惩罚。凶手还可以由受害者的父亲、兄弟或者儿子杀掉，而不受法律制裁。如果一个人发现其妻子在遭受暴力摧残，他立即可以把犯罪分子毁掉。这在法律看来，他是无罪的。如果一个人为了保护其父母、子女、兄弟或妻子免于死亡而杀了人，他是清白无罪的。"尽管文明的发达已经超越了前人的认识水准，但是，历史总是表现出相似之处。在一些问题上，我们现代人的认识是从前人继承而来的。

现在通行的观点，是必需说。这种观点认为，既然防卫的目的是要制止不法侵害，保护合法权益，那么，防卫者就应当具备足以有效地制止不法侵害行为所必需的手段和强度，这种必需的手段和强度就是必要限度。明显超过了这种必需的手段和强度，造成了重大损害的，才属于防卫过当。也就是说，即使防卫的手段和强度大于侵害的手段和强度，造成了伤亡等结果，只要是为了有效地制止强度大、手段恶劣的不法侵害所必需，就可以采取相当的或者更大程度的手段、强度，造成一定的损害结果，就不能认为明显超过了必要限度，不是防卫过当。只有防卫的手段、强度和结果明显超过制止不法侵害所必需的程度，造成了重大损害的，才属于防卫过当。正当防卫并不否定对于不法侵害者造成一定的甚至很大的损害的权利。因此，刑法第 20 条第 3 款规定："对于进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡的，不属于防卫过当，不负刑事责任。"

尽管在衡量防卫行为是否为制止不法侵害所必需时，不必拘泥于防卫的手段和强度是否与不法侵害的手段和强度相适应，但是这是一个必须要参照的标准。不拘泥于两者相适应，是指不需要象过去人们认为的那种刀对刀、枪对枪式的防卫，也不需要伤害对伤害、杀害对杀害等等机械的对照。把不法侵害行为作为防卫行为的参照的标准，是指防卫行为究竟是否明显超过必要限度，必然要从不法侵害行为的轻重缓急出发，在此基础上采取必需的防卫强度和手段。一般而言，正当防卫行为的手段缓急、防卫的强度轻重、造成损害结果的大小可以等于或者大于不法侵害，但是不宜采取不计后果、不问不法侵害具体情况的防卫行为。对于被侵害者与侵害者的力量悬殊、当时所处地位有利不利也要加以考虑。例如，一位妇女被绑架到侵害者的住宅，受到强制猥亵，此时防卫的强度，就应允许与对于杀人、强奸等的防卫处于同一层面。

当然，应当注意到，不法侵害，尤其是某些重大的暴力性、破坏性的犯罪行为的发生和非法紧迫的，被侵害者往往难以在刹那之间平心静气地去观察、判断急风暴雨式的不法侵害，对于防卫行为不应当采取过于苛刻的要求，以免国家、公共利益或者公民权益受到侵害而罪犯逍遥法外。

三、防卫过当及其刑事责任

防卫行为如果明显超过了必要限度，造成重大损害的，是防卫过当。刑法第 20 条第 2 款规定，防卫过当，应当负刑事责任；但是应当减轻或者免除处罚。防卫过当只是一种法定减轻处罚或者免除处罚的量刑情节，不是一种独立罪名，不能以防卫过当的名称来定罪，而应当根据案件的具体情况，依照刑法分则的有关规定相应的罪名，具体可以按照以下三个步骤来分析确定：①分析防卫人主观上是故意过当还是过失过当。故意过当的就是故意犯罪，过失过当的就是过失犯罪。②分析防卫人罪过的具体类型。即分析其罪过是直接故意还是间接故意，是疏忽大意的过失还是过于自信的过失。如果以上四种罪过形式都不符合，那就说明防卫人无罪过，其行为属于意外事件，不应当追究防卫人的刑事责任。③分析防卫人罪过的具体内容。正当防卫是用对侵害人造成损害的来制止不法侵害，损害的结果一般是对侵害者造成伤亡。那么，定伤害罪还是定杀人罪，要根据防卫过当的具体罪过内容来决定。一般情况下，防卫行为构成的犯罪绝大多数是过失犯罪，极少数是故意犯罪，特

别是直接故意犯罪更少。

对防卫过当构成犯罪的量刑，应根据防卫的起因、保护权益的性质、过当程度和结果，以及防卫人的主客观情况等等，对其减轻处罚或者免除处罚。

第三节　紧急避险

一、紧急避险的概念

紧急避险，是指在法律所保护的权益遇到危险而不可能以其他措施避免时，不得已而采用的损害另一较小的权益，以保护较大的权益免遭危险损害的行为。

我国刑法第 21 条规定 :“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在发生的危险，不得已采取的紧急避险行为，造成损害的，不负刑事责任。紧急避险超过必要限度造成不应有的损害的，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。”这就是我国刑法中规定的紧急避险制度。

以犯罪构成理论对紧急避险制度进行分析可以看出，它具有两个方面的特征：一是从客观上看，这种行为虽然损害了一种合法权益，但是它产生的最终结果是保护了另一种更大的合法权益，因此，它实际上是对社会有益的行为；二是从主观上看，行为人实施的损害另一种合法权益的行为是出于不得已而为之，其目的是为了保护另一种更大的合法权益不受损害。因此，行为人主观上没有罪过。由于紧急避险行为具有上述两个特征，所以，它和正当防卫一样，也属于排除社会危害性的行为。这种行为不构成犯罪，不负刑事责任。

刑法中规定紧急避险制度具有十分重要的意义，主要是鼓励和支持公民在同违反犯罪行为和自然灾害作斗争中，应以牺牲局部的、较小的合法权益来保护整体的、较大的合法利益。这对于增强人民群众之间的团结友爱，培养集体主义精神，都具有积极作用。因此，紧急避险和正当防卫一样，既是公民的一项合法权利，也是公民道义上应尽的义务。

二、紧急避险的构成要件

根据刑法第 21 条规定的精神，紧急避险必须具备以下五个条件：

1.必须国家、公共利益、本人或者他人的人身和其他权利受到危险时，才能实施紧急避险。

在社会生活中，产生对合法权益的危险的来源是多种多样的。①自然的力量，如火灾、洪水、地震、台风、暴雨等等。②动物的侵袭，如猛兽的追赶，狂犬扑咬，或者受惊的牲畜，给人身或者财产安全带来的危险。③来源于疾病、饥饿等生理机能造成的危险。例如，家长为了急救生命垂危的儿童，私开或者拦截别人的汽车将病儿送往医院，就属于紧急避险。④来源于人的危害社会的行为。不管是有责任能力的人，还是无责任能力的人的侵害行为，都可以进行紧急避险。例如，为了避免犯罪分子的侵害而破门进入他人的住宅，就是属于紧急避险。

总之，凡是合法权益面临上述危险时，都可以实行紧急避险， 以便将国家、公共利益、公民的合法权益从危险状态中拯救出来。

此外，刑法第 21 条第 3 款规定“关于避免本人危险的规定，不适用于职务上和业务上负有特定责任的人”, 这是因为这类人员负有同某种危险作斗争的义务，他人的职务和业务上严格要求他人牺牲个人的利益，以保护国家和人民的利益。因此，当他们本人遇到上述危险情况时，不能以保全个人的人身或者其他权利为理由，逃避履行自己应尽的义务，而把危险留给国家或者其他公民。当然，同现实的危险作斗争是个非常复杂的工作，无论任何人员都要讲究斗争的策略，不是要求他们做无谓的牺牲。在同正在发生的危险进行迂回周旋、斗争的过

程中，有关人员造成国家或者公民个人利益的轻微损害的，也应以紧急避险论。

2.避免的必须是正在发生的危险。所谓正在发生，是指这种危险不是想象的、推测的，也不是尚未到来的或者已经过去的危险，而是正在发生的或者直接面临的危险。如果是对想象的、推测的危险进行所谓紧急避险，称为假想的避险。行为人所造成的损害，应当按照对事实的认识错误的处理原则处理。如果对没有到来的危险或者已经过去的危险，实行所谓紧急避险的，称为避险不适时，对其所造成的损害，应当按照行为性质追究刑事责任。

3.必须是在迫不得已的情况下，才能实行紧急避险。

所谓迫不得已，是指没有其他方法可以排除危险的情况。即不用损害其他合法利益的方法，就不能避免危险。如果在当时情况下，采取别的不损害合法利益的方法可以排除危险，那么就不能实行紧急避险的行为。例如，船舶在大海上遇到台风的袭击，如果来得及驶进港口躲避，就不允许采取抛掉船上货物或者行李的方法来避免危险。可见，为保护较大的合法利益，在迫不得已的情况下，紧急避险才属于排除社会危害性的行为。

4.紧急避险不能超过必要限度，造成不应有的损害。

这里的必要限度是指紧急避险所造成的损害，必须小于所要避免的损害，而不能等同，更不允许大于所要避免的损害。因为紧急避险是两个合法权益的冲突，只有牺牲较小的权益保全较大的权益，才符合紧急避险的目的，对国家、社会和人民才是有益的。反之，如果保全的利益与损害的利益相等或者小于损害的利益，就是超过了必要的限度而成为对社会有害的行为。当然，两种利益的轻重很难有一个统一尺度，只有从实际出发，具体问题具体分析。但是通常情况下应当考虑：①人身权利大于财产权利。②在人身权利中以生命权为最高，但是不允许为保全自己的生命而牺牲他人的生命，更不允许为了保全一个人的健康，而以另一个人的生命去换取。③在财产权利中，财产价值高的利益大于价值低的利益，公共利益大于个人利益，但是在实践中允许为了保全个人的利益，损害较轻的公共利益。

三、避险过当及其刑事责任

刑法第 21 条第 2 款规定：“紧急避险超过必要限度造成不应有的损害的，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。”这就是避险过当。由于避险过当是紧急避险超过必要限度而造成的一定的损害，其罪过形式通常是疏忽大意的过失，在某些情况下也可能是过于自信的过失或者间接故意。在追究避险过当的刑事责任时，应当首先确定其罪过形式，按照其行为所侵害的客体定罪，再酌情减轻或者免除处罚。

思考题：

1.什么是排除社会危害性的行为？它有哪些种类？
2.什么是正当防卫？其成立条件是什么？
3.什么是无限防卫？适用条件是什么？
4.什么是紧急避险？成立条件是什么？
5.什么是防卫过当和避险过当？承担什么样的责任？

参考书目：

1、王作富主编：《刑法》，中国人民大学出版社，1999 年 12 月第 1 版。
2、何秉松主编：《刑法教科书》，中国法制出版社，1997 年 12 月第 1 版。
3、杨春洗、杨敦先主编：《中国刑法论》，北京大学出版社，1998 年月第 2 版。

4、陈兴良著：《刑法哲学》，中国政法大学出版社，1997 年 8 月第 1 次修订版。
5、刘生荣著：《犯罪构成原理》，法律出版社，1997 年 12 月第 1 版。
6、阮齐林主编：《刑法总论案例教程》，中国政法大学出版社，1999 年 5 月第 1 版。

第八章　犯罪停止形态

教学目的与要求：让学生全面掌握犯罪停止形态的概念；犯罪既遂、预备、未遂、中止的概念和处罚原则。让学生一般了解犯罪既遂的类型；犯罪预备与犯意表示的区别；犯罪中止的类型。

教学重点：犯罪既遂的概念和特征；犯罪预备的概念和特征；犯罪未遂的概念和特征；犯罪中止的概念和特征。

教学难点：犯罪既遂、预备、未遂、中止的认定。

教学方法：讲授

学　时：4 学时（第 5、6 周）

第一节　犯罪停止形态概述

一、犯罪停止形态的概念

故意犯罪的过程，是指故意犯罪的行为人从犯罪的预备开始，经着手实行犯罪，到完成犯罪的全过程。故意犯罪过程中的犯罪形态，是指在犯罪行为发展过程中，由于受到各种主客观因素的影响，表现出犯罪行为终结的状态。即犯罪预备、犯罪未遂、犯罪中止、犯罪既遂。其中，犯罪既遂是犯罪的完成形态，它标志着某一犯罪行为的完成，并且具备了完整的犯罪构成要件。犯罪预备、犯罪未遂、犯罪中止则是犯罪的未完成形态。犯罪的未完成形态还没有具备刑法分则所规定的某种犯罪构成的全部要件。但是，也不能说未完成形态的犯罪不符合犯罪构成的要求。只不过未完成形态的犯罪构成是以刑法分则规定的某种具体犯罪构成为基础，而以刑法总则的有关规定为补充。所以，它仍然具备犯罪构成的四个方面的要件，符合犯罪构成的要求。在刑法理论上，刑法分则中对各种具体犯罪构成要件的规定，称为基本的犯罪构成。刑法总则中对于犯罪预备、犯罪未遂、犯罪中止的规定，称为修正的犯罪构成。即总则中的有关规定是对分则规定的基本构成要件的修正和补充。所以，犯罪预备、犯罪未遂和犯罪中止也符合犯罪构成的四个方面的要件的要求。

应当明确，上述犯罪犯罪形态只存在于故意犯罪之中。过失犯罪中不存在犯罪形态的问题。

二、犯罪停止形态的意义

划分故意犯罪的形态，是为了便于准确考察不同犯罪形态的社会危害性的大小，做到准确定罪量刑，从而体现罪刑等价原则。因为故意犯罪的形态不同，其社会危害程度也就不同。犯罪既遂已经符合了犯罪构成的全部要件，危害性最大；犯罪未遂虽然已经着手实行犯罪，但是尚未造成其预定的犯罪结果，危害性相对小一些。；犯罪预备只是威胁到犯罪客体，距离危害结果更远，危害性更小；犯罪中止不但未造成预期的危害结果，而且犯罪人自动放弃了犯罪意图，危害性最小。根据它们社会危害性的大小不同，刑法总则对它们规定了不同的处刑原则，以体现罪刑等价。所以，研究故意犯罪的形态具有十分重要的意义。

第二节　犯罪既遂

一、犯罪既遂的概念

犯罪既遂，是指行为人故意实施的犯罪行为已经具备了某一具体犯罪构成的全部要件。

每一种犯罪应当具备哪些要件，刑法分则一般都已经明文规定，因而在确定犯罪人的行为是否已经具备该种犯罪的全部要件时，应当以刑法分则对该种犯罪构成的规定为标准。已经具备了该种犯罪的全部构成要件的就是犯罪既遂。例如，故意杀人罪，犯罪人以非法剥夺他人生命的故意，向他人开枪射击，把被害人打死了。他在客观上实施了杀人行为，并且发生了他人死亡的结果。主观上有杀人的故意，并且已经实现了其杀人目的。他人犯罪行为已经具备了刑法分则所规定的故意杀人罪的全部构成要件，所以，他的行为已经构成故意杀人罪既遂。又如，盗窃犯挖墙入室，已经把他人的财物盗窃回家中，其行为已经具备了刑法分则中规定的盗窃罪的全部构成要件，所以已经构成盗窃罪既遂。

由此可见，认定犯罪既遂是以刑法分则规定的犯罪构成要件为标准。它既不能以行为人的主观意志为转移，也不能以行为的客观结果为转移。因此，应当注意避免以下两种错误认识：一是要行为人达到了预期的犯罪目的，才叫做犯罪既遂。对于很多犯罪来说，是以犯罪目的是否达到作为犯罪既遂的标准。但是这一标准并不能贯彻到一切犯罪中去，因为有些犯罪在法律上并不要求行为人达到其目的，而只要行为人实施了法律所规定的犯罪行为，就构成犯罪既遂。例如，诬告陷害罪，行为人的目的是使他人受到刑事处分，那么能否说只有被害人已经受到刑事追究，才是诬告陷害罪的既遂呢？显然不能。因为根据刑法的规定，只要行为人捏造犯罪事实向有关机关作了虚假告发，不论被害人是否受到刑事追究都是诬告陷害罪既遂。所以，不能以犯罪目的是否达到作为一切犯罪既遂的标准。二是要行为人造成了一定的犯罪结果，才叫做犯罪既遂。例如，侮辱罪、诽谤罪，只要行为人实施了侮辱、诽谤的行为，达到一定的情节，就构成这两种犯罪的既遂。法律并不要求侮辱、诽谤行为必须造成某种具体的损害结果才是既遂。而在上述两种情况下的犯罪，犯罪人的行为都已经完全具备了刑法分则中规定的某种具体犯罪构成的全部要件，都是犯罪既遂。所以，认定犯罪既遂总的标准只能是，犯罪人故意实施的犯罪行为是否已经具备了刑法中规定的某种具体犯罪的全部要件，完全具备的，是犯罪既遂，尚未完全具备的，则不是犯罪既遂。

由于故意犯罪过程中的犯罪预备、犯罪未遂和犯罪中止，都是针对犯罪既遂而言的，都是以犯罪既遂为研究标本的。所以，要深刻理解犯罪预备、犯罪未遂和犯罪中止，首先应当正确理解犯罪既遂。

二、犯罪既遂的分类

具备了刑法规定的某一具体犯罪的全部构成要件，这是既遂的一般标准。但是刑法分则对各种具体犯罪构成客观要件的规定并不是千篇一律的，而是对不同犯罪构成的客观方面的要件有不同要求，由此形成了犯罪构成客观方面要件的不同规定。犯罪既遂主要有以下几种形式：

1.行为犯。行为犯是指犯罪人只要实施了刑法分则规定的某种犯罪行为，不论犯罪结果是否发生，都构成既遂的犯罪。例如：组织、策划、实施颠覆政府罪、组织、策划、实施分裂国家罪、侮辱罪、诽谤罪、诬告陷害罪、传授犯罪方法罪等。只要行为人实施了刑法分则中规定的上述犯罪行为，不论是否发生某种具体危害结果，都构成犯罪既遂。这类犯罪不要求以发生某种危害结果作为犯罪既遂的要件。

2.结果犯。结果犯是指犯罪人不仅要实施刑法分则规定的犯罪构成客观方面的要件的行为，而且必须发生法定的危害结果，才能构成既遂的犯罪。例如，故意杀人罪必须有被害人死亡的结果，故意伤害罪必须有被害人受伤的结果，诈骗罪必须有他人财物被骗走的结果，等等。只有上述法定的危害结果已经出现，才能构成上述犯罪的既遂。如果实施了上述犯罪行为后，法定的危害结果尚未发生，则不构成犯罪既遂，可构成其他犯罪形态。结果犯中有一种特殊的表现形式，称为结果加重犯。结果加重犯是指犯罪人实施刑法分则规定的基本的犯罪构成的行为后，发生基本犯罪构成要件结果以外的加重处罚结果，作为犯罪既遂必要条件的犯罪形式。例

如，刑法第 134 条第 1 款规定，故意伤害他人身体的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役。第 2 款规定，犯前款罪，致人重伤的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑；致人死亡的，处 7 年以上有期徒刑或者无期徒刑。第 2 款中规定的致人重伤或者死亡结果，就是对于第 1 款基本构成要件轻伤害结果的加重结果，因而法定刑也相应加重了。只有发生了致人重伤或者死亡的加重结果，才构成重伤害罪的既遂。如果没有出现致人重伤或者死亡的结果，只出现了致人轻伤的结果，就构成轻伤害罪的既遂。

结果加重犯与一般的结果犯不同。后者只有一个基本结果，即作为基本构成要件的结果；前者则有两个结果，即除了具有基本结果之外，还有一个加重结果。如前述刑法第 134 条故意伤害罪，第一款的轻伤害罪属于一般的结果犯，只有一个基本结果——轻伤。第 2 款的重伤害罪则属于结果加重犯，有两个结果，除了具有致人轻伤的结果之外，还有致人重伤或者死亡的结果。所以，凡是属于结果加重犯的犯罪，必须发生法律所要求的那种结果，才能构成这种犯罪的既遂。

3.危险犯。危险犯是指犯罪人实施了刑法分则规定的足以造成某种危害后果的危险状态的行为。即使严重结果尚未发生，也构成既遂的犯罪形态。例如，刑法第 107 条和第 108 条规定的破坏交通工具罪和破坏交通设备罪，只要行为人实施了法条中规定的破坏交通工具或者交通设备的行为，足以使火车、汽车、电车、船只、飞机发生倾覆、毁坏的危险，而这些交通工具尚未发生倾覆、毁坏的，也构成这种犯罪的既遂。实施了这些犯罪行为，没有出现这种危险状态的，才是犯罪未遂。

第三节　犯罪预备

一、犯罪预备的概念

刑法第 22 条规定，为了犯罪，准备工具、制造条件的，是犯罪预备。即是说，犯罪预备是为犯罪准备工具制造条件的行为。

所谓准备犯罪工具，是指准备实施犯罪所需要的一切物品。例如，准备杀人的匕首，盗窃的钳子，造假币的颜料和纸张等等。准备犯罪工具的方法是各种各样的，但是概括起来不外乎三种方式：一是制造犯罪工具。即没有某种犯罪工具而去制造这种工具。二是改造犯罪工具。即已经有的工具不适合某种犯罪的需要而对其进行加工改造，使之适合于这种犯罪的需要。例如，已经有的箱子不适合走私的需要，将其改造成走私的夹层箱等。三是寻求犯罪工具。即没有某种犯罪工具而采用各种方法去寻找这种工具。总之，不论采用什么方法和准备什么工具，只要是准备实施犯罪所需要的物品，都是准备犯罪工具的行为。

所谓制造条件，是指准备犯罪工具以外的其他各种准备工作。从广义上说，准备犯罪工具也是制造条件的一种情况，但是因为准备犯罪工具是最常见的预备行为，所以刑法将其单独列出，以示强调。除了准备工具以外，属于制造条件的预备行为主要有以下几种情况：准备犯罪的手段，比如学习扒窃技术和伪造假币的技术等；调查打探受害对象的情况；勾引邀约共同作案人；筹集犯罪资金；处罚前往犯罪现场或者诱骗被害人到达犯罪现场；追踪被害人或者等候被害人的到来；清除犯罪的障碍；制订犯罪计划，等等。行为人只要实施上述行为中的任何一种，都属于犯罪的预备行为。

二、犯罪预备的特征

1.已经实施犯罪的预备行为。即已经开始实施或者实施了为实现犯罪意图而准备工具或者制造条件的行为，已经不是单纯的思想活动或者犯意表示。如果仅仅是犯意表示而未进行任何犯罪预备行为，就不构成犯罪。因此，要注意把犯罪预备与犯意表示区别开来。犯意表示是指犯罪人产生犯罪意图后，用语言或者文字等方式将

自己的犯罪意图表达于外部的行为。它与犯罪预备的主要区别是：①犯意表示还只是单纯的犯罪思想的外部流露，还没有实施刑法总则中规定的犯罪的预备行为；而犯罪预备则不仅表示出了犯罪思想，而且已经实施了刑法总则中规定的犯罪预备行为，即为了犯罪而准备犯罪工具或者制造条件的行为。②犯意表示还没有对犯罪客体和犯罪对象造成实际威胁，而犯罪预备则已经对犯罪可以和犯罪对象造成了实际威胁，已经具有了实际社会危害性。例如，张某对李某说他想杀死仇人王某，但只是随便说说而已，实际上并没有去作杀人的任何准备工作，更没有去实施杀人行为，这属于杀人的犯意表示。他的言行对王某的生命尚无实际威胁，不构成杀人罪。但是，如果他说了这些话之后就去准备杀人的工具或者制造杀人的条件，此时被发现阻止下来，就属于杀人罪的预备。所以，犯意表示不构成犯罪，而犯罪预备已经构成犯罪，要负刑事责任。

总之，犯罪的预备行为，是指为实行犯罪创造便利条件的各种外部身体活动的总称。它表现为行为人在犯罪意图的支配下，采取一系列的积极行为，力图使犯罪进入实行阶段，以便最终实现其犯罪目的。因此，犯罪预备行为是一种反映犯罪意图的行为。同时，这些行为在一定程度上为犯罪的完成创造了有利条件，因而实际上已经使刑法所保护的法益面临侵害的严重威胁。犯罪预备行为本身所具有的罪过性和社会危害性，决定了它必然成为刑法所禁止的行为。

2.犯罪行为必须在预备过程中终结，而未着手实行犯罪。在预备过程中终结，是由于某种原因使预备行为在预备过程中就中断了，而未能进入着手实行犯罪的阶段。如果犯罪行为没有在准备工具或者制造条件的过程中终结，而已经完成了预备行为并且已经着手实行犯罪，在着手实行犯罪的过程中被迫终结，就不再是犯罪预备，而是犯罪未遂。所以，犯罪行为必须在着手实行犯罪之前终结，才能构成犯罪预备。

3.犯罪行为在预备过程中终结，是由于行为人意志以外的原因造成的。所谓意志以外的原因，是指违背行为人意愿的原因，例如，被他人发觉而被迫停止预备行为；被公安人员或者群众抓捕；未找到共犯而无法着手实行犯罪，等等。是否是由于行为人意志以外的原因而停止预备行为的进行，是区分犯罪预备与犯罪中止的关键。如果在预备过程中行为人自动放弃了犯罪意图，停止了预备行为，则属于犯罪中止而不是犯罪预备。

三、犯罪预备的处罚

我国刑法第 22 条第 2 款规定：对于预备犯，可以比照既遂犯从轻、减轻处罚或者免除处罚。处罚预备犯是我国刑法的原则规定，但是由于犯罪预备远离危害结果的发生，危害性较小，所以，对预备犯一般可以比照既遂犯从轻、减轻或者免除处罚，对少数情节特别恶劣、犯罪性质非常严重的预备犯，也可以不从轻、减轻处罚。对情节显著轻微危害不大的犯罪预备行为，可以不认为是犯罪。总之，应根据预备犯罪的性质、预备的程度、距离结果发生的远近、犯罪人的主观情况等等，决定是否处罚和给予适当的处罚。

第四节　犯罪未遂

一、犯罪未遂的概念

刑法第 23 条规定：已经着手实行犯罪，由于犯罪分子意志以 外的原因而为得逞的，是犯罪未遂。

二、犯罪未遂的特征

它具有以下三个基本特征：

1.犯罪分子已经着手实行犯罪。犯罪分子是否已经着手实行 犯罪，是犯罪未遂与犯罪预备区别的关键。着手实行犯罪之前被迫停止犯罪行为的是犯罪预备。着手实行犯罪行为之后被迫停止犯罪的是犯罪未遂。所谓已经

着手实行犯罪，是指犯罪分子已经开始实施刑法分则规定的某种犯罪构成客观方面要件的行为，例如，已经开始实施刑法分则中规定的故意杀人罪的杀害行为，抢劫罪的暴力、胁迫行为，盗窃罪中的秘密窃取行为，等等。这些行为都是上述犯罪行为的客观方面的构成要件的行为。实施这些行为，就算已经着手实行上述犯罪了。具体犯罪构成的客观方面的要件都是由刑法分则条文规定的。所以，判断某人事实的犯罪行为是否已经着手实行犯罪，就需要用刑法分则条文对该种犯罪规定的犯罪构成客观方面的要件的特征来衡量。例如，刑法第 150 条规定，该罪的客观方面的特征就是暴力、胁迫或者其他强制方法抢走公私财物。如果行为人已经开始实施这些强制方法之一去抢劫财物，就是已经着手实行抢劫罪。如果尚未开始实施这些强制方法，而只是在作抢劫罪的准备工作，如埋伏等候被害人的到来，打探有关情况等等，就还属于抢劫罪的预备。

但是，由于刑法分则规定的各种犯罪的客观方面的要件各不相同，着手实行犯罪的表现形式和内容各式各样，没有一个统一的、固定不变的形式，掌握起来还是比较困难。为了便于比较确切地认定行为人是否已经着手实行某种犯罪客观方面要件的行为，根据司法实践经验，一般来说可以从以下三个方面进行分析：①着手实行的行为已经接近或者逼近犯罪对象，开始侵害直接客体。例如，杀人犯已经举刀对准被害人，应视为已经着手实施杀人罪。如果只是尾随跟踪被害人，则属于杀人罪的预备。②着手实施的行为是能够直接引起危害后果的行为。有些犯罪人事实的行为虽然还没有直接接触犯罪对象，但是只要这种行为能够对犯罪的直接客体引起危害后果的，就应算是已经着手实行犯罪。例如，投毒杀人犯只要把毒物投入被害人的食品里，就有可能导致被害人死亡，即使被害人当时不在投毒现场，也算已经着手实行犯罪。③着手实行的行为能够反映出行为人的犯罪意图。行为人要有犯罪意图才去着手实行犯罪，所以，着手实行犯罪的行为能够反映出行为人的犯罪意图，否则不能认定为着手实行犯罪。例如，一个人在磨刀的行为尚不能反映出他是否具有杀人的意图。他磨刀可能是用来杀人，也可能是用来杀鸡，因此，当他磨刀时并未着手实行杀人罪。但是，当他举刀对准被害人时，杀人意图就十分明显了，就可认定他已经着手实行杀人罪了。所以，正确理解着手实行犯罪，对正确认定犯罪未遂是十分重要的。

2.犯罪未得逞。所谓犯罪未得逞，是指犯罪分子的犯罪行为 没有完全具备刑法分则规定的某一犯罪构成的全部构成要件，即没有完成犯罪。例如，非法剥夺他人生命是构成故意杀人罪的客观方面的要件，如果杀人犯没有把被害人杀死，就是没有完成这一犯罪构成的全部要件，就是故意杀人罪的未遂。如果已经把被害人杀死了，就是完成了故意杀人罪的全部构成要件，就是故意杀人罪的既遂。犯罪是否已经得逞，即是否已经完成犯罪，是犯罪未遂与犯罪既遂区别的关键所在。应当注意，不能把犯罪未得逞单纯理解为没有发生行为人预期的结果。因为有的犯罪，法律并不把发生某种具体的危害结果作为既遂的构成条件。例如，诬告陷害罪、侮辱罪、诽谤罪等，主要行为人实行了这些犯罪行为，就构成这些犯罪的既遂，即犯罪已经得逞。所以，即使未发生行为人预期的某种危害结果，也不能说犯罪未得逞。另外，也不能把犯罪未得逞理解为没有发生任何危害结果。如果发生了犯罪人预期之外的其他结果，也属未得逞。例如，杀人犯虽然没有把人杀死，但是发生了伤害结果，还是属于故意杀人罪的未遂。所以，犯罪是否得逞，总的来说是以是否完成了某种犯罪的全部要件为准，而不是以是否达到犯罪目的为准。

3.犯罪未得逞是由于犯罪分子意志以外的原因造成的。所谓意志以外的原因，是指与犯罪分子的本意相违背的各种主客观原因。犯罪分子的本意是想把犯罪进行到底，完成犯罪，但是在着手实行犯罪的过程中，由于发生了违背其意志的原因而被迫停止犯罪，使犯罪没有完成。也就是说，犯罪没有完成，不是由于犯罪分子自动放弃了犯罪意图而停止犯罪活动，而是由于出现了违背其心愿的原因迫使他停止了犯罪活动，造成犯罪没有完成。这是犯罪未遂与犯罪中止的区别之所在。属于犯罪分子意志以外的原因是多种多样的。从司法实践来看，主要有两类：一类是外界障碍。例如，被害人的发现或者反抗；第三者的发现或者阻止；遇到了意外的物质障碍；自然力量的影响，等等。另外一类是犯罪分子自身的障碍。例如，犯罪分子缺乏完成某种犯罪的能力或者技术；犯罪分子对犯罪方法、工具、对象发生了认识上的错误；犯罪分子作贼心虚，对犯罪现场的情况发生了

错觉，未完成犯罪而仓惶逃走，等等。上述各种原因都属于犯罪分子意志以外的原因。由于这些原因使犯罪未得逞，都是属于犯罪未遂。

三、犯罪未遂的处罚

刑法第 23 条第 2 款规定：对于未遂犯，可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。刑法这一规定表明，未遂犯的刑事责任原则上要重于预备犯而轻于既遂犯。因为未遂犯已经进入了犯罪的实行阶段，更接近既遂。危害性比预备犯大些，其刑事责任重于预备犯。同时又由于犯罪未遂毕竟没有发生犯罪分子所追求的结果，危害性相对小些，其刑事责任原则上应轻于既遂犯。但是也应当明确，刑法对未遂犯的刑事责任只是规定可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚，而不是必须从轻或者减轻处罚。因此，是否要给予从轻或者减轻处罚，还要根据犯罪的性质、情节、实行犯罪的程度、没有完成犯罪的原因，以及犯罪分子主观恶性等情况来决定。对于犯罪性质特别严重，情节特别恶劣的未遂犯，也可以不从轻或者减轻处罚。

第五节　犯罪中止

一、犯罪中止的概念

刑法第 24 条规定：在犯罪过程中，自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生的，是犯罪中止。

犯罪中止是一种特殊的犯罪形态。它既可以发生在犯罪预备过程中，也可以发生在犯罪实行过程中，还可以发生在犯罪行为实行终了而结果尚未发生过程中。根据刑法的规定，犯罪中止有两种情况，一是犯罪分子在犯罪过程中自动放弃了犯罪意图，中止了犯罪行为，因而没有发生犯罪结果。二是犯罪分子已经全部实行了犯罪行为，但是在犯罪结果尚未发生之前，积极采取措施，有效地防止了犯罪结果发生的情况。

二、犯罪中止的特征

1.必须是在犯罪过程中放弃犯罪。即具有犯罪中止的时间性。所谓在犯罪过程中停止犯罪，是指必须在犯罪既遂之前停止犯罪。犯罪中止可以发生在犯罪预备过程中，也可以发生在犯罪实行过程中，还可以发生在犯罪行为实施终了而犯罪结果尚未出现之前的过程中。总之，必须在犯罪既遂之前停止犯罪，才能成立犯罪中止。如果犯罪已经既遂，危害结果已经发生，那么就谈不上犯罪中止了。理论上说“既遂之后无中止”。根据这个条件，如果犯罪分子在犯罪既遂之后又自动恢复原状、赔偿或者弥补损失等悔改行为，都不是犯罪中止。例如，盗窃犯盗窃之后又将赃物送回，放火犯烧了他人的房子又将房子修复等等，这些都不是犯罪中止，而是属于犯罪既遂之后的悔改表现，可在量刑时作为一个酌定情节加以考虑。

2.必须是犯罪分子自动放弃犯罪，中止犯罪行为。即具有犯罪中止的自动性。所谓自动放弃犯罪，是指犯罪分子本来具有把犯罪进行到底的条件，知道发生他所希望的危害结果，但是他却按照自己的意志自动放弃了犯罪意图，停止了犯罪活动。中止的自动性是犯罪中止的重要特征，也是犯罪中止与犯罪未遂相区别的关键之所在。也就是说，必须是由于行为人意志以内的原因而停止犯罪，才是犯罪中止。如果是由于行为人意志以外的原因被迫停止犯罪，则是犯罪未遂。例如，犯罪人在犯罪过程中，由于遇到不能克服的物质障碍而被迫停止犯罪的；由于他人妨碍犯罪的实行而被迫停止犯罪的；由于遇到不利自然因素的影响而停止犯罪的，等等，都是犯罪未遂，而不是犯罪中止。因为这些都是由于行为人意志以外的原因迫使行为人停止犯罪，而不是由于行为人自动放弃了犯罪。应当指出的是，不能把自动放弃犯罪理解为犯罪人完全自觉放弃犯罪。因为有的犯罪分子是在他人的说服、劝导、教育之下，权衡利弊之后，感到继续犯罪对自己有弊无利，因而决定中止犯罪活动。

这虽然是犯罪分子自动中止犯罪，但是并不是完全自觉中止犯罪的。作为犯罪中止的一个条件来说，只要是自动中止犯罪即可，而不苛求为自觉中止犯罪。

与中止的自动性相联系的一个问题是，自动放弃了可能重复实施的侵害行为，是犯罪中止还是犯罪未遂？比如，在杀人案件中，犯罪人对被害人开枪射击，开了一枪而未打中，他完全有条件再开第二枪、第三枪，指导把被害人打死，但是他临时基于某种动机而改变了主意，放弃了杀死被害人的意图，不再开枪射击，停止了犯罪。这种行为，从他已经开了第一枪而未打中来看，已经具备了犯罪未遂的主要特征——已经着手实行犯罪而由于犯罪分子意志以外的原因使犯罪未得逞。从他还有条件继续实施犯罪行为而又自动放弃犯罪意图，停止了犯罪行为来看，又符合犯罪中止的主要特征——犯罪人自动放弃犯罪意图，停止犯罪。对这种行为，应当把已经实行了侵害行为与可能重复实施的侵害行为，看成一个实行犯罪犯罪的过程。第一次射击虽然已经完成，但是由于还可能继续射击，因此，整个杀人行为的实行过程实际上并未结束。此时，犯罪人自动放弃有条件继续进行下去的犯罪行为，仍然属于在犯罪过程中自动中止犯罪。这样处理既符合刑法第 21 条的立法精神和惩办与宽大相结合的刑事政策，又有利于鼓励犯罪分子在犯罪过程中自动停止重复侵害行为，减轻犯罪对社会造成的危害。

犯罪人自动中止犯罪的动机和原因是多种多样的，有的是真诚悔悟，有的是害怕法网难逃，有的是由于亲友或者基层组织的规劝，有的是由于被害人的苦苦哀求而产生了同情、怜悯之心，等等。不论出于什么动机和原因，只要最终是犯罪分子按照自己的意志而自动放弃了犯罪意图，停止了犯罪行为，就符合犯罪中止的自动性的条件，应认定为犯罪中止。

3.必须是彻底地停止犯罪行为或者有效地防止犯罪结果的发生。即具有犯罪中止的彻底性和有效性。所谓中止的彻底性，是指犯罪分子要彻底放弃某一具体犯罪的意图，彻底停止这一犯罪行为，而不能是暂时停止这一犯罪，等到出现有利时机时再实施这一犯罪。如果犯罪人在犯罪过程中发现时机不利于作案，等到实际成熟时再来继续作案，这是犯罪的暂时中断，而不是犯罪中止。犯罪行为中断在着手实行犯罪之前预备阶段是犯罪预备；中断在着手实行犯罪之后的实行阶段的，是犯罪未遂。中止的彻底性是相对于某一具体犯罪行为而言的。只要是犯罪人彻底放弃了他当时实施的某一具体犯罪的意图，彻底停止了这一犯罪行为，就可以构成犯罪中止。而不应当理解为犯罪人永远不再犯同类犯罪。犯罪人彻底放弃这次犯罪之后，将来基于其他原因重新起意再犯了同类罪的，也不影响上次犯罪中止的成立。

所谓中止的有效性，是指行为人防止犯罪结果发生的有效性。即必须是没有发生犯罪人原来预期的那种犯罪结果。这包括两种情况，一种是犯罪人在犯罪行为没有实施完毕以前，只要停止了进一步的犯罪行为，就可以避免犯罪结果的发生。例如，犯罪人已经准备好了犯罪工具，但是不再去着手实行犯罪，或者虽然已经着手实行犯罪，但是中途又自动停止了犯罪行为，不将犯罪进行到底，这都是有效地防止了犯罪结果的发生。另外一种是犯罪人已经将犯罪行为全部实施终了，但是预期的犯罪结果还没有发生，这种情况下要中止犯罪，行为人必须采取措施有效地防止犯罪结果的发生。如果采取的措施无效，并未防止住犯罪结果的发生，则构成犯罪既遂。如果是他人采取有效措施防止了犯罪结果的发生，则构成犯罪未遂。例如，某甲因喜新厌旧想毒死其妻某乙，在某乙的水杯中投放了毒药。某乙喝了杯中的水后，某甲感到人命关天，法网难逃，决定放弃杀人意图，立刻将某乙送往医院抢救。经过抢救某乙幸免于死。此案中，某甲虽然已经将投毒杀人的行为实施终了，但是在某乙死亡的结果发生之前采取措施有效地防止了死亡结果的发生，所以成立犯罪中止。如果某甲虽然将某乙送往医院抢救，但是由于药性发作，抢救无效，某乙死了，某甲则构成故意杀人罪既遂。如果某甲赶回家中打算送某乙去医院抢救，但是某乙已经被他人送往医院抢救脱险。某甲的行为也不构成犯罪中止，而构成犯罪未遂。对其抢救某乙的表现可以作为量刑的一个酌定情节来考虑。

三、犯罪中止的处罚

刑法第 24 条第 2 款规定：对于中止犯，没有造成损害的，应当免除处罚；造成损害的，应当减轻处罚。这一规定表明，中止犯的刑事责任比预备犯和未遂犯的刑事责任都要轻。而且法条规定对于中止犯应当免除或者应当减轻处罚，而不是规定可以免除或者可以减轻处罚。可见，中止犯的刑事责任是故意犯罪过程中几种犯罪形态的刑事责任中最轻的一种。刑法之所以这样规定，除了中止犯的社会危害性和主观恶性较小外，立法者的意图是为了鼓励犯罪分子自动中止犯罪活动，这对于减少和预防犯罪有一定积极意义。

根据刑法的规定，对于中止犯，在认定是否造成损害的前提下，分别适用免除处罚和减轻处罚的原则。对于没有损害后果的，考虑免除处罚。对于中止犯罪前，其预备行为或者实行行为已经独立构成其他犯罪的，或者已经造成一定损害结果的，或者损害结果虽然不严重，但是犯罪性质严重的中止犯，应当根据具体案情和悔罪程度减轻处罚。

思考题：

1.什么是犯罪既遂？它的标准是什么？处罚原则是什么？
2.什么是犯罪预备？它有什么特征？处罚原则是什么？
3.什么是犯罪中止？它的构成条件是什么？处罚原则是什么？
4.什么是犯罪未遂？有哪些种类？
5.犯罪中止、犯罪未遂和犯罪预备三个概念之间分别有哪些区别？

参考书目：

1、王作富主编：《刑法》，中国人民大学出版社，1999 年 12 月第 1 版。
2、何秉松主编：《刑法教科书》，中国法制出版社，1997 年 12 月第 1 版。
3、杨春洗、杨敦先主编：《中国刑法论》，北京大学出版社，1998 年月第 2 版。
4、陈兴良著：《刑法哲学》，中国政法大学出版社，1997 年 8 月第 1 次修订版。
5、刘生荣著：《犯罪构成原理》，法律出版社，1997 年 12 月第 1 版。
6、阮齐林主编：《刑法总论案例教程》，中国政法大学出版社，1999 年 5 月第 1 版。

第九章　共同犯罪

教学目的与要求：让学生全面掌握共同犯罪的概念、成立条件、认定、形式。让学生一般了解共同犯罪人的种类和刑事责任。

教学重点：共同犯罪的概念和成立条件；共同犯罪的形式；共同犯罪人的种类；共同犯罪人的刑事责任。

教学难点：共同犯罪的形式；共同犯罪人的种类。

教学方法：讲授

学　时：4 小时（第 6 周）

第一节　共同犯罪的构成条件和类型

一、共同犯罪的概念

犯罪构成理论上，一般把单犯形态作为研究的标本。所谓单犯形态，是指犯罪行为由一人实施，犯罪构成中只有一个犯罪主体的形态。但是现实的犯罪现象是非常复杂的。实际发生的犯罪，既有一人所为，也有二人或者多人所为。刑法上，把二人以上共同实施犯罪、在犯罪构成中有多个主体的形态，称为共犯形态。共犯形态，也称共同犯罪。

我国刑法第 25 条第 1 款规定："共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。"第 2 款又规定："二人以上共同过失犯罪，不以共同犯罪论处，应当负刑事责任的，按照他们所犯的罪分别处罚。"我国刑法立法上采取共同故意犯罪的观点，作为共犯形态的立场。根据刑法的规定，共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。

二、共同犯罪的特征

1.犯罪主体必须是二人以上。

1979 年《刑法》公布时，犯罪主体的"人"仅指达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力的自然人。在 1997 年刑法修订后，增设了法人犯罪的规定。法人犯罪不是共同犯罪。但是，除了自然人二人以上可以构成共同犯罪之外，二个以上法人或者二个以上自然人与法人，也可以构成共同犯罪。因此，共同犯罪可以分为自然人共同犯罪、法人共同犯罪和自然人与法人混合共同犯罪三种情况。上述共同犯罪的概念中所为二人以上，应当解释为既包括自然人，也包括法人。二个以上的自然人或者法人都可以构成共同犯罪。

无论是自然人还是法人，都必须具备法定的犯罪主体资格，才能成立共同犯罪。有其中一方不具备犯罪主体的资格，共同犯罪即不成立，正如不能成为单一犯罪主体一样。共同犯罪的成立是以二人以上共同实施犯罪行为为前提条件，所以单人实施的犯罪行为无论次数多少，都不存在共同犯罪问题。只有二人以上实施的犯罪才可能构成共同犯罪。有些犯罪虽然是由二人以上共同实施的，但是，如果其中只有一人具有责任能力，其他人没有刑事责任能力，则不能成为构成共犯。例如，已满 14 周岁的某甲和不满 14 周岁的某乙共同实施抢劫行为的，或者已满 16 周岁的某丙和不满 16 周岁的某丁共同实施盗窃行为的，只有某甲和某丙符合犯罪主体的条件，所以，这两个案例都不构成共同犯罪。

2.各个犯罪人所侵害的必须是同一犯罪客体。

共同犯罪既然是二人以上共同实施相同的犯罪行为，那么，参与共同犯罪的各个犯罪主体的犯罪行为所侵

害的法益必然是相同的。如果各个犯罪主体的犯罪行为侵害的客体不同，就说明他们不是在共同实施同一犯罪，而是在实施各自不同的犯罪，因而也就不构成共同犯罪。

但是，在共同犯罪中，犯罪主体与犯罪客体并不是一一对应的关系，而是同一犯罪客体成为各个犯罪主体的共同侵害的目标。这种特殊的主客体关系扩大了主体侵害客体的能力，从而更容易给客体造成损害或者造成更大的损害。犯罪主体所侵害的犯罪客体的共同性，决定了犯罪主体的共同犯罪故意以及共同犯罪故意支配下的的共同犯罪行为。如果缺乏犯罪客体的共同性，就不能构成共同犯罪。

3.各个共同犯罪人客观上必须具有共同的犯罪行为。

所谓共同的犯罪行为，是指各个共同犯罪人的行为都指向同一的特定犯罪目标，互相联系，互相配合，形成一个统一的有机的犯罪活动的整体。他们每个人的行为都是共同犯罪行为的有机组成部分。在已经发生危害结果的情况下，他们每个人的行为都与危害结果之间具有因果关系。所谓共同的行为，既可能是相同的行为，也可能是不同的行为。因为在共同犯罪中，参与共同犯罪的人既可能都直接着手实行犯罪，即都是实行犯，也可能有不同的分工，有人是教唆犯，有的是帮助犯，有的是实行犯。例如，甲教唆乙、丙去杀害丁。乙、接受教唆后，由乙去购买匕首，由丙去把丁杀死了。此案中，甲是教唆犯，乙是帮助犯，丙是实行犯。他们虽然分工不同，但是在这个杀人犯罪案件中，他们的行为互相配合，互相支持，共同指向丁的生命，形成了一个杀人犯罪的整体。他们的行为同丁的死亡结果之间都有因果关系。所以构成故意杀人罪的共犯，都要对丁的死亡负刑事责任。

共同犯罪行为的表现形式，既可能是共同的作为的形式，也可能是共同的不作为的形式。例如，夫妻二人共同遗弃老人，不履行赡养义务，就是共同不作为形式的共犯。实践中，也可能出现一方作为，一方不作为的共犯形式。例如，盗窃犯女甲与看守仓库的某乙事先密谋盗窃仓库里的物资。半夜某甲来到仓库行窃时，某乙假装睡觉，而让某甲盗窃了一大批物资，出卖后二人分赃。这里某甲是作为的形式，某乙是不作为的形式，构成共同犯罪。

4.各个共同犯罪人主观上具有共同的犯罪故意。

所谓共同的犯罪故意，包括以下两点内容：一是每个共同犯罪人都不仅认识到自己在实施某一犯罪，而且认识到有其他人与自己一起共同实施这一犯罪。二是每个共同犯罪人对他们共同的犯罪行为会发生的危害社会的结果都是明知的，并且都希望或者放任这种危害结果的发生。即参与共同犯罪的人互相之间有犯罪的意思联络，对他们的共同犯罪行为都具有认识因素和意志因素。反之，如果各个犯罪人主观上并无共同犯罪的故意，就不能构成共犯。

上述四个要件必须同时具备，才能构成共同犯罪。根据共同犯罪的概念和构成要件的要求，以下几种情况不是共同犯罪。

①二人以上共同过失犯罪，不成立共犯。这是立法作出的选择。在刑法理论上，有人主张共同过失犯罪的理论，是我国共犯理论的新发展。

②同时犯不成立共犯。同时犯不成立共犯的主要障碍在于，二人以上没有共同故意而于同时同地各自独立侵害同一客体，各自构成犯罪。

③间接正犯不成立共犯。所谓间接正犯，是指利用合法行为人、无责任能力人、无犯罪故意人而实现其犯罪意图的情况。由于缺乏共同故意，不能成立共犯。

④故意犯与过失犯之间行为的相关，不成立共犯。

⑤二人以上虽然具有共同的犯罪故意，但是没有共同的犯罪行为的，不成立共犯。

⑥超出共同故意以外的犯罪，不成立共犯。

⑦事先无通谋的窝藏、包庇行为，不成立共犯。

三、共同犯罪的类型

在各种共同犯罪中，各个共同犯罪人之间的联系方式是有所不同的。这决定了共同犯罪的性质和对社会的危害程度上的差别。在刑法理论上，从不同的角度，以不同的标准，可以将共同犯罪作如下的分类：

1.根据共同犯罪是否能够任意形成，可以分为任意共犯和必要共犯。任意共犯是指刑法中规定的一个人能够单独实施的犯罪，而由二人以上共同故意实施，所构成的共犯，即为任意共犯。这是占有多数比例的共犯。例如，故意杀人罪、盗窃罪等等。必要共同共犯是指刑法中规定的必须由二人以上共同故意实施才能构成的犯罪。例如刑法第 268 条规定的聚众哄抢公私财物罪，第 290 条规定的聚众扰乱社会秩序罪，第 291 条规定的聚众扰乱公共场所秩序罪或者交通秩序罪，第 292 条规定的聚众斗殴罪，第 301 条规定的聚众进行淫乱活动罪，第 309 条规定的聚众扰乱法庭秩序罪，第 317 条规定的组织越狱罪和聚众劫狱罪，第 371 条规定的聚众扰乱军事禁区罪、聚众扰乱军事管理区秩序罪，等等，都是必要共同犯罪。

2.根据共同犯罪人之间有无分工，可以分为简单共犯和复杂共犯。简单共犯是指共同犯罪人之间都直接实施某一具体犯罪构成客观方面的行为，即每个共同犯罪人都是实行犯。复杂共犯是指各个共同犯罪人之间有一定的分工的共犯，即有的是教唆犯，有的是帮助犯，有的是实行犯。当然，不一定每个复杂共犯的案件都有上述各种共同犯罪人，但是至少有其中两种人。

3.为共同犯罪有无组织形式，可以分为一般共犯和有组织的共犯。前者是指二人以上没有组织形式的共犯。后者是指有一定组织形式的共犯。

在我国刑法上，有组织的共犯，称为犯罪集团。刑法第 26 条第 2 款规定：“三人以上为共同实施犯罪而组成的较为固定的犯罪组织，是犯罪集团。”根据这一规定，结合司法实践，犯罪集团具有以下几个方面的特点：①人数较多，必须为三人以上。这是构成犯罪集团的最低的人数标准。有时，一些犯罪集团纠集几十人、几百人甚至上千人进行犯罪活动。其影响极为恶劣，对社会秩序破坏性极强。②为共同实施犯罪而组成，即具有一定的犯罪目的性。犯罪集团往往在长时期内进行一种或者几种犯罪活动，危害极大。③是较为固定的组织。所谓较为固定，表现为其主要成员比较固定，其其他成员一经加入也比较固定，具有一定的稳定性和组织性。有些犯罪集团，吸收成员还有特定的程序，甚至经过申请和批准，才能加入。有的退出时程序更加严格。④性质上是犯罪组织。这是犯罪集团与非犯罪集团，包括宗教团体、迷信团体、落后团体的区别之关键。在我国刑法上，对于什么犯罪可以形成犯罪集团，并无限制。因为它是在总则中作的规定，原则上分则中所有的故意犯罪都可能形成犯罪集团。但是，刑法中的规定，可以作如下归纳：①明文规定处罚组织、领导和积极参加某些犯罪组织的犯罪分子的，包括第 120 条规定的组织、领导和积极参加恐怖活动组织罪，第 294 条规定的组织、领导和积极参加黑社会性质的组织罪，组织和利用会道门、邪教组织或者利用迷信破坏国家法律、法规实施罪等等。②明文规定处罚某些犯罪集团的首要分子，包括第 170 条第 1 项规定的伪造货币集团的首要分子，第 240 条规定的拐卖妇女、儿童集团的首要分子，第 318 条第 1 项规定的组织他人偷越国(边)境集团的首要分子，第 347 条第 2 项规定的走私、贩卖、运输、制造毒品集团的首要分子等等。③明文规定处罚某些以组织形式构成的犯罪，可分为两种不同情况：一种是只有组织者构成犯罪的，例如刑法第 103 条规定的组织分裂国家罪，第 104 条规定的组织武装叛乱会武装暴乱罪，第 105 条规定的组织颠覆政权罪，第 318 条规定的组织他人偷越多(边)境罪，第 333 条规定的非法组织他人出卖血液罪，第 358 条规定的组织他人卖淫罪，第 365 条规定的组织进行淫秽表演罪等等；一种是由组织的形式构成的犯罪，例如，第 317 条规定的组织越狱罪。这两种情况，实际上与其他非组织形式的犯罪构成犯罪集团的情况接近，即这些犯罪不一定就是犯罪集团，只有事实上形成犯罪集团的，才能构成犯罪集团。

第二节 共同犯罪人的种类与刑事责任

一、主犯

刑法第 26 条规定：“组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的或者在共同犯罪中起主要作用的，是主犯。”除了这条规定以外，刑法分则还有一些条文规定了某些犯罪的首要分子。显然，首要分子也属于主犯。刑法第 97 条对首要分子作了解释：“本法所称首要分子，是指在犯罪集团或者聚众犯罪中起组织、策划、指挥作用的犯罪分子。”把这两条结合起来可以看出，主犯包括以下三种犯罪分子：

①在犯罪集团中起组织、策划、指挥作用的犯罪分子。这种主犯也就是组织犯。其犯罪活动表现为发起成立犯罪集团，制订犯罪计划，组织纪律、纲领、章程，发展犯罪集团成员，指挥其他人员实施犯罪活动等等。

②在聚众犯罪中起组织、策划、指挥作用的犯罪分子。这种主犯就是聚众犯罪中的首要分子。例如，聚众扰乱社会秩序罪、聚众扰乱公共场所秩序罪、聚众斗殴罪、聚众进行淫乱活动罪、聚众持械劫狱罪等等，这些聚众犯罪中的首要分子也是组织犯，也是主犯的一种。

③在共同犯罪中起主要作用的犯罪分子。这种主犯虽然不起组织、领导、策划、指挥作用，但是他们积极参与实施犯罪构成要件行为，或者在共同犯罪活动中罪恶重大。认定共同犯罪人是否起了主要作用，应当根据他在共同犯罪活动中所处的地位、参与程度、对造成危害结果的作用等情节进行具体分析，作出综合判断。一个共同犯罪案件中可能有多名主犯，主犯与主犯之间在罪恶大小上并非完全等同，不能认为有差别就把主犯降格为从犯。

对于主犯最的处罚，刑法根据不同类型的主犯，规定了不同的刑事责任。刑法第 26 条第 3 款规定：“对组织、领导犯罪集团的首要分子，按照集团所犯的全部罪行处罚。”无论其是否直接参与实施犯罪集团预谋实施的全部罪行，均应对所有这些罪行负刑事责任。当然，如果犯罪集团的个别成员实施了犯罪集团预谋以外的其他罪行，就只能由犯罪实施者自己负刑事责任。第 4 款规定：“对于第 3 款规定以外的主犯，应当按照其所参与的或者组织、指挥的全部犯罪处罚。”这是与上述规定有重大区别的。对于组织、领导犯罪集团的首要分子以外的主犯，则只对于自己参与实施的或者参与组织的、指挥的全部犯罪负刑事责任，而对其未参与实施或者未参与组织、指挥的犯罪不负刑事责任。

二、从犯

刑法第 27 条第 1 款规定：“在共同犯罪中起次要或者辅助作用的，是从犯。”从这一规定中可以看出，从犯有两种：一是在共同犯罪中起次要作用的从犯，一种是在共同犯罪中起辅助作用的从犯。

所谓起次要作用的从犯，是指在共同犯罪中直接实施了构成某种犯罪客观要件的行为，但是却是起次要作用的成员，即属于次要的实行犯。例如，在犯罪集团中奉命实施了某些较轻的犯罪活动，属于一般成员。在一些共同犯罪中参与了犯罪，但是没有直接造成严重后果，情节不太严重，等等，都属于从犯。

所谓起辅助作用的从犯，是指在共同犯罪中实施了构成某种犯罪客观要件的辅助行为，即帮助他人犯罪的行为的犯罪分子。理论上称这种人为帮助犯。这些辅助行为主要有：提供犯罪工具，指示犯罪地点和对象，清除犯罪障碍，或者事前通谋在犯罪后窝藏罪犯、隐匿犯罪工具，窝藏或者销售赃物等等。

刑法第 27 条规定第 2 款：“对于从犯，应当从轻、减轻处罚或者免除处罚。”量刑时，是从轻处罚，还是减轻处罚、免除处罚，这要根据各个从犯在整个共同犯罪中的具体罪行、情节、危害程度等情况决定。

三、胁从犯

根据刑法第 28 条的规定，胁从犯是指在共同犯罪中被胁迫参加犯罪的犯罪分子。

所谓被胁迫，是指在他人的精神威胁下，不完全自愿地参加了共同犯罪。例如，在他人以杀害、伤害、毁坏财物、揭发隐私等手段威胁下参加了共同犯罪。从心理分析看，精神强制并不完全丧失意志自由，不同于意志失去自由的身体强制。因此，被胁迫而参加犯罪的，并不免除刑事责任。

犯罪过程中表现出来的消极性、被动性，决定了胁从犯的人身危险性比其他的共同犯罪人要小。所以刑法第 28 条规定 :"对于被胁迫参加犯罪的，应当按照他的犯罪情节减轻处罚或者免除处罚。"

四、教唆犯

根据刑法第 29 条的规定 ,教唆犯是指教唆他人犯罪的人。也就是说 ,教唆犯是故意引起他人犯罪意图的人。我国古代的刑法中，称之为造意犯，即制造犯罪意图的人。根据刑法的规定，教唆犯的成立必须具备以下两个要件：

①在客观方面，必须具有教唆他人犯罪的行为。教唆行为表现为各种各样的方法。例如采取威逼、利诱、收买、命令、请求、煽动、怂恿、劝说、暗示、挑拨、刺激等等。无论书面的，还是口头的，或者是采取打手势、使眼色等等方式都可以构成。但是一般而言，这些方法都必须是作为的形式进行的，不作为不能构成教唆。另外，教唆行为还必须是具体的，教唆对象是明确的，可能教唆一个人，也可能教唆几个人，但是不能是不特定的多人，如果教唆不特定多人的，可能构成某些以煽动的方式构成的犯罪。教唆实施的具体犯罪也必须是具体的，可以是一个罪，也可以是几个罪，明示或者暗示出犯罪的范围。

②在主观方面，必须具有教唆他人犯罪的故意。过失的言论或者行动不构成教唆。而无意的言论和行动，偶然地引起了他人的犯罪意图，也不是教唆。教唆的故意包括两个方面的因素，一是认识因素，即认识到自己教唆行为会引起他人产生犯罪意图；二是意志因素，即希望或者放任他人实施该种犯罪的。

根据刑法第 29 条的规定，对于教唆犯的处罚，分为三种不同情况：一是被教唆的人实施了被教唆的罪的，对于教唆犯，应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚。二是教唆不满 18 岁的人犯罪的，应当从重处罚。三是被教唆的人没有犯被教唆的罪的，对于教唆犯，可以从轻处罚或者减轻处罚

思考题：

1.什么是共同犯罪？其成立条件是什么？
2.什么是主犯？什么是从犯？对它们应当如何处罚？
3.什么是教唆犯？对教唆犯应当如何进行处罚？
4.什么是有组织的共同犯罪？有哪两种类型？如何进行处罚？

参考书目：

1、王作富主编：《刑法》，中国人民大学出版社，1999 年 12 月第 1 版。
2、何秉松主编：《刑法教科书》，中国法制出版社，1997 年 12 月第 1 版。
3、杨春洗、杨敦先主编：《中国刑法论》，北京大学出版社，1998 年月第 2 版。
4、陈兴良著：《刑法哲学》，中国政法大学出版社，1997 年 8 月第 1 次修订版。
5、刘生荣著：《犯罪构成原理》，法律出版社，1997 年 12 月第 1 版。

6、阮齐林主编：《刑法总论案例教程》，中国政法大学出版社，1999 年 5 月第 1 版。

第十章　罪数形态

教学目的与要求：让学生全面掌握罪数的判断标准；处断的一罪与实质的一罪。让学生一般了解划分罪数的八种学说；数罪的类型。

教学重点：判断的一罪与数罪的标准；一罪的类型。

教学难点：处断的一罪。

教学方法：讲授

学　时：2 学时（第 6、7 周）

第一节　一罪的类型

一、实质的一罪

1.想象竞合犯，是指出于一个故意或者过失，实施一个行为，侵犯了刑法保护的数个客体，触犯数个罪名的情况。尽管想象竞合犯触犯数个罪名，而且以法定的犯罪构成衡量，也符合数个罪的犯罪构成，但是在我国实践中，无论数罪是同种还是异种，都不实行数罪并罚，而是以一罪处罚。

2.继续的一罪，即理论上所称的继续犯，是指行为人实施的犯罪行为，其犯罪虽然已经既遂，但是犯罪行为仍在继续进行之中，即犯罪行为在时间上还保持一种继续状态。例如刑法第 238 条规定的非法拘禁罪，犯罪既遂的成立始于非法拘禁成立之时，而犯罪的延续直到非法拘禁结束为止。在法理上，非法拘禁的成立并无时间上的标准，而不间断的累计时段也无划分的必要，因此继续犯作为一罪是明确的。

3.结果加重犯，是指法律规定的一个犯罪行为，由于发生了与该行为的性质不相一致的严重后果，法律规定加重其法定刑的犯罪。我国刑法规定的故意伤害致人死亡、暴力干涉婚姻自由致人死亡、虐待家庭成员致人重伤、死亡等，都是典型的结果加重犯。

二、法定的一罪

1.结合的一罪，是指本来属于符合两个以上单纯一罪的法定犯罪构成的情况，刑法上又把这些犯罪结合为一个犯罪构成。在日本刑法上有典型的结合的一罪，即强盗强奸罪。其中，强盗本来为一罪，强奸为另一罪，但是刑法中又单独规定强盗强奸罪一罪，这就是结合的一罪的本来意义。此种结合模式为甲罪 + 乙罪 = 甲乙罪。另外，结合的一罪还有甲罪 + 乙罪 = 丙罪的结合模式。我国刑法上没有典型的结合的一罪，但是一般认为，抢劫罪为伤害罪与抢夺罪所结合而成等。还有一些情况，是在刑法规定一罪时，在其某项中规定本条行为与他条行为结合而成的情况，适用本条规定的加重的法定刑。例如，刑法第 358 条规定强迫他人卖淫罪，第 240 条规定拐卖妇女、儿童罪，在第 240 条第四项规定强迫被拐卖的妇女卖淫的行为，适用本罪的最高一个档次的法定刑处罚。这是我国刑法规定结合的一罪的通用方式。

2．惯犯，它属于重复的一罪，不过必须具有在较长时间里反复实施同种犯罪，以此为常业或者以其所得为生活或者挥霍生活的主要来源的，才能称为惯犯。

三、处断的一罪

1．连续犯，即基于同一的或者概括的故意，连续数次实施数个分别符合同一个犯罪构成的行为，而触犯同

一罪名的情况。

2.牵连犯，是指以实施某一犯罪为目的，而其犯罪的方法或者结果又触犯其他罪名的情况。例如以爆炸的方法杀人，既触犯了刑法第 11 条规定的爆炸罪，也触犯了刑法第 232 条规定的故意杀人罪；以伪造公文的方法诈骗财物，既触犯了刑法第 280 条规定的妨害公文罪，又触犯了刑法第 266 条规定的诈骗罪；非法制造枪支后持有的，既触犯了刑法第 125 条规定的非法制造枪支罪，又触犯了刑法第 128 条规定的非法持有枪支罪。这些都是属于牵连犯。对于牵连犯，不实行数罪并罚，以一罪处罚。

3．吸收犯，是指事实上数个不同性质的行为，其中的一个行为吸收其他行为，仅按吸收行为定罪量刑的犯罪类型。如行为人盗窃一辆汽车，后开到外地卖掉，前一行为构成盗窃罪，后一行为构成销赃罪，其销赃行为为盗窃行为所吸收，仅成立盗窃一罪的情况。

第二节　数罪的类型

一、同种数罪与异种数罪

前者是指同一性质的数个犯罪行为，行为人一而再、再而三地实施的同一种犯罪行为，构成的就是同种数罪。如行为人在一段时间内连续实施十多起抢劫行为的情况。

后者是指数个不同性质的犯罪行为。如行为人既盗窃、又抢劫和诈骗等，即构成盗窃、诈骗和抢劫三个不同性质的数罪。

二、并罚的数罪与非并罚的数罪

并罚的数罪，是指数罪一经成立，必须实行数罪并罚，不存在按一罪处理的数罪。非并罚的数罪，是指法律规定或者实际处理时，不实行数罪并罚的数罪。

思考题：

1.判断的一罪与数罪的标准是什么？

2.我国刑法理论上所说的实质的一罪包括哪些类型？它们各自都有哪些特征？

3.我国刑法理论上所说的处断的一罪包括哪些类型？它们各自都有哪些特征？

4.数罪有哪些类型？

参考书目：

1、王作富主编：《刑法》，中国人民大学出版社，1999 年 12 月第 1 版。

2、何秉松主编：《刑法教科书》，中国法制出版社，1997 年 12 月第 1 版。

3、杨春洗、杨敦先主编：《中国刑法论》，北京大学出版社，1998 年月第 2 版。

4、陈兴良著：《刑法哲学》，中国政法大学出版社，1997 年 8 月第 1 次修订版。

5、刘生荣著：《犯罪构成原理》，法律出版社，1997 年 12 月第 1 版。

6、阮齐林主编：《刑法总论案例教程》，中国政法大学出版社，1999 年 5 月第 1 版。

第十一章　刑事责任与刑罚

教学目的与要求：让学生全面掌握刑事责任的概念、特征、根据和承担形式；刑罚的概念、特征、功能和目的；我国刑罚体系的特点；主刑、附加刑的基本内容。让学生一般掌握刑事责任的过程；我国刑罚与剥削阶级刑罚的区别；非刑罚处理方法。

教学重点：刑事责任的概念、特征和承担方式；刑罚的概念、特征、功能和目的；刑罚与刑事责任的联系和区别；我国刑罚体系的概念和特点；各种主刑的基本内容；各种附加刑的基本内容。

教学难点：刑事责任的承担方式；刑罚的目的；刑罚与刑事责任的联系和区别；刑罚体系的特点；少杀政策的体现。

教学方法：讲授

学　时：4 学时（第 7、8 周）

第一节　刑事责任

一、刑事责任的概念

刑事责任是指犯罪人由于实施犯罪行为而产生的应当承担刑法规范所规定的刑罚的义务。

可见，刑事责任具有如下几个特征：①刑事责任是犯罪人应当承担的义务；②刑事责任是由于实施犯罪行为而产生的；③刑事责任的主要实现形式是刑罚；④刑事责任是刑法所规定的，这隐含着国家刑罚权的实质意义。

在规范上，国家就有刑罚权，犯罪人就有刑事责任。这仅仅是刑罚权与刑事责任的观念，只是一种抽象的存在，而不是具体的现实化的存在。人们常常混淆这一点。

具体的刑罚权与刑事责任都产生于犯罪实施之时，即刑事法律关系产生之时。有人认为刑事责任先于刑事法律关系而产生，刑事法律关系需要具体的犯罪人与特定的司法机关之间形成客观的现实的联系才能存在。这是对于刑事法律关系出于广义的认识。实际上，犯罪实施之时，刑罚权与刑事责任即应运而生，这与国家是否实际开始追究犯罪人的刑事责任并无关系，刑事法律关系就已经是现实的了。当然现实的刑事法律关系，又可存在于两个不同的阶段。一个是未实际开始追究的阶段，说明这种刑事法律关系未予明确确定，其内容未予完全实现，但是具有了确定和实现的可能性刑事责任的阶段，属于一种潜在的刑事法律关系。已经实际追究，说明刑事法律关系已经确定，已经或者已经开始实现其内容，属于确定的刑事法律关系。无论是潜在的还是确定的刑事法律关系，其中刑罚权与刑事责任总是相对应的，这是由刑事法律关系不同于其他法律关系的特点所决定的。国家未对犯罪人采取任何措施之前，不能否认国家有着行使侦查、取证的权力，也不能否认犯罪人应当承担的刑事责任。如果否认此时已经有刑事法律关系的存在，那么，也就会否认刑罚权与刑事责任各自的客观存在，也就会否定犯罪本身。总之，只要有犯罪发生，就有国家相应刑罚权的产生，就有犯罪人相应刑事责任的产生，并且结成一对相应的权利与义务关系。

二、刑事责任的承担方式

1．定罪判刑方式，是刑事责任的最重要的方式。

2．定罪免刑方式，是行为人承担刑事责任的另一种方式。

3．特殊处理方式，是对于享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任问题，通过外交途径解决。

第二节　刑罚概述

一、刑罚的概念

刑罚是国家最高立法机关在刑法中规定的，由人民法院依法对犯罪人适用的最为严厉的制裁措施。刑罚具有以下特征：

（一）刑罚是国家最高立法机关在刑法中规定的制裁措施

依照我国宪法，全国人民代表大会及其常设机关是国家最高立法机关。刑法是国家基本法，它只能由国家立法机关加以制定，其他国家机关，都无权颁布刑法。刑罚就是规定在刑法中的强制措施。国家最高立法机关颁布的其他法律所规定的任何制裁措施都不能称之为刑罚。

（二）刑罚由人民法院依法适用

依照我国法律，审判权只能由人民法院依法独立行使，其他任何机关、团体或者个人都无权对公民适用刑罚。所谓依法适用，是指人民法院科处刑罚必须遵循刑事实体法和刑事程序法的有关规定，不得超越法律。另外，在我国，不存在司法立法问题，所以人民法院对法律的解释和适用，不得任意限制、扩张立法原意，或者进行类推解释、类推适用。

（三）刑罚适用于犯罪人

刑罚是以犯罪人为唯一适用对象的制裁措施。犯罪与刑罚是一对共生范畴。它们在法律上具有逻辑联系，无犯罪也就无刑罚。无论何人，只要他未实施刑法所禁止的社会危害行为，就不能成为科刑的对象。因此，对于违反其他法纪的行为人，决不能适用刑罚。只有经人民法院判决确认为有罪的人，才能对其适用刑罚。这是实行法治的要求，也是维护人权的需要。

（四）刑罚是最为严厉的制裁措施

惩罚是刑罚的本质属性。因此刑罚的这一特征是由刑罚的性质和内容所决定的，也是与其他制裁措施相比较而得出的自然结论。我国刑法规定的刑罚虽然有轻有重，但在整体上，它们是十分严厉的。刑罚不仅可以剥夺犯罪人的财产和政治权利，而且还可以剥夺其人身自由和生命。其他任何制裁措施都达不到这样的严厉程度。当然，有些行政制裁，如拘留，在剥夺人身自由的内容上与作为刑罚的拘役相近，而在持续时间上又是有所差距的。

二、刑罚的种类

（一）主刑

主刑，是指对犯罪分子独立适用的主要刑罚方法。其特征是，只能独立适用，而不能附加适用；对同一犯罪人一次只能适用一种主刑，不能同时适用数种主刑。根据刑法第 33 条的规定，主刑有管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑五种。

1．管制

管制是我国独创的一种刑罚方法，产生于民主革命时期。它是由人民法院判决，对犯罪分子不予关押，但是限制其一定自由，交由公安机关管束的刑罚方法。

管制是主刑种最轻的一种刑罚，只限制犯罪人一定的自由。管制的特点是：1.对犯罪分子不予关押，仍留

在原工作单位或者原居住地，不剥夺其人身自由，只限制其一定自由。2.被判处管制的犯罪分子虽然有人身自由，但是其工作、劳动和其他活动必须受公安机关的管束。3.管制必须由人民法院判处。

管制的适用对象，刑法总则中未作规定，而是在刑法分则中把管制作为供选择适用的法定刑。原刑法规定适用管制的犯罪较少，在 1997 年修订后的刑法中扩大了管制刑的适用范围。一般而言，管制的适用对象，主要是罪行较轻，有悔罪表现，实行管制就不致再危害社会的犯罪分子。

根据刑法第 38 条的规定，管制的期限为三个月以上二年以下，数罪并罚不得超过三年。管制的刑期从判决之日起计算。判决执行前先行羁押的，羁押一日折抵刑期二日。因为羁押剥夺人身自由，而管制不剥夺人身自由，只限制一定自由，所以刑法规定的折抵是合适的。

管制的执行场所为犯罪分子所在的单位或者户口所在地的基层组织，在公安机关的管束下进行劳动改造。根据刑法第 39 条的规定，被判处管制的犯罪分子，在执行期间，应当遵守下列规定：①遵守法律、行政法规，服从监督；②未经执行机关批准，不得行使言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利；③按照执行机关规定报告自己的活动情况；④遵守执行机关关于会客的规定；⑤离开所居住的市、县或者迁居，应当报经执行机关批准。刑法还规定，对于被判处管制的犯罪分子，在劳动中应当同工同酬。

刑法第 40 条规定，被判处管制的犯罪分子，管制期满，执行机关应即向本人和其所在单位或者居住地的群众宣布解除管制。管制期满，是指被判处管制的犯罪分子刑期已经执行完毕。管制期满之日，就是管制解除之日，即判决确定的刑期终止之日。管制期满，执行机关应即向犯罪分子本人和其所在单位或者居住地的群众宣布解除管制。这个要求是其他任何刑种都没有规定的。其他剥夺自由的刑种，刑满释放，并未有应向其居住地的群众等进行宣布的规定。

2．拘役

拘役，是短期剥夺犯罪分子人身自由，由公安机关就近执行的刑罚方法。拘役是介于管制和有期徒刑之间的主刑，适用于罪行较轻，但是又必须实行短期关押的犯罪分子。其适用对象的范围在刑法分则中是非常广泛的。

刑法第 42 条规定，拘役的期限为一个月以上六个月以下，数罪并罚不能超过一年。拘役的刑期从判决确定之日起计算，判决以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日。

拘役的执行机关是公安机关，按照刑法第 43 条的规定，是就近执行。这是原则性的规定，具体执行场所由公安机关决定。一般是由犯罪分子所在地的县、市或者市辖区的看守所执行。

根据刑法第 43 条第 2 款的规定，在执行期间，被判处拘役的犯罪分子，每月可以回家一天至两天；参加劳动的，可以酌量发给报酬。拘役的待遇体现了人道主义精神，使犯罪分子能够同家庭和社会保持一定的联系，有利于犯罪分子接受家庭和社会的教育，同时也可以使其有机会帮助家庭解决生活方面的困难，对促进犯罪分子改造和早日回归社会有积极意义。

拘役和行政拘留、刑事拘留等都是短期剥夺了人身自由，但是它们之间有显著的区别。首先，性质不同，拘役是刑罚方法，而刑事拘留是刑事诉讼中的一种强制方法，行政拘留是一种治安处罚方法。其次，适用对象不同。拘役适用于犯罪分子，刑事拘留适用于罪该逮捕的现行犯或者重大嫌疑分子。行政拘留适用于违反治安管理法规，尚未达到犯罪程度的违法分子。第三，适用机关不同。拘役由人民法院适用，刑事拘留和行政拘留由公安机关适用。最后，法律依据不同。拘役是依据刑法而适用的，刑事拘留以刑事诉讼法为依据，行政拘留以治安管理处罚条例为依据。

3．有期徒刑

有期徒刑，是剥夺犯罪分子一定期限人身自由，强制其参加劳动，接受教育和改造的刑罚方法。

有期徒刑在我国刑罚体系中占有中心地位。由于其刑期幅度大，既可以适用于罪行较轻的犯罪分子，也可以适用于罪行较重的犯罪分子。凡是刑法分则条文规定法定刑的，都规定有有期徒刑。

根据刑法第 45 条的规定，有期徒刑的刑期，为六个月以上十五年以下。但是在下列两种情况下，有期徒刑可以超过十五年，但是不能超过二十年。

1.依照刑法第 70 条的规定，在数罪并罚时，可以超过十五年，但是最高不能超过二十年。

2.依照刑法第 50 条的规定，判处死刑缓期执行的，在死刑缓期执行期间，如果确有重大立功表现，二年期满以后，减为十五年以上二十年以下有期徒刑。

刑法第 47 条规定，有期徒刑的刑期，从判决执行之日起计算。判决以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日。刑法第 46 条规定，被判处有期徒刑的犯罪分子，在监狱或者其他执行场所执行；凡有劳动能力的，都应当参加劳动，接受教育和改造。我国对罪犯执行刑罚的场所包括：1.监狱。监狱是实行最严格监管的执行场所。主要监管不适宜在监外劳动的已被判处死刑缓期执行、无期徒刑的犯罪分子，以及刑期虽然不长，但是有一定影响的知密犯、外籍犯等。2.劳动改造管教队。主要关押适宜在狱外劳动改造的一般犯罪分子，设施、警戒条件好的劳动改造队，也可以关押重刑犯。3.少年犯管教所。监管已满十四周岁未满十八周岁的未成年人犯。4.看守所。根据 1990 年 3 月 17 日发布的《看守所条例》第二条规定，“被判处有期徒刑一年以下，或者余刑在一年以下，不便送往劳动改造场所执行的罪犯，也可以由看守所监管。”

有期徒刑与拘役虽然同属剥夺自由刑，但是二者有重大区别。首先，在适用对象上，有期徒刑既适用于罪行较轻的犯罪分子，也适用于罪行较重的犯罪分子；而拘役只能适用于罪行较轻的犯罪分子。其次，在刑期长短上，有期徒刑的刑期长、起点高、幅度大；而拘役的刑期短、起点低、幅度小。第三，在执行场所上，判处有期徒刑的罪犯在监狱或者其他执行场所执行；判处拘役的罪犯则是就近执行。第四，在待遇上，被判处拘役的罪犯在服刑期间每月可以回家一天至两天，参加劳动的，可以酌量发给报酬；被判处有期徒刑的罪犯无此种待遇。最后，在法律后果上，被判处有期徒刑的罪犯，在刑罚执行完毕或者被赦免之后，在五年以内再犯应当判处有期徒刑以上之罪的，构成累犯，从重处罚；被判处拘役的罪犯，在刑罚执行完毕或者被赦免之后，不论何时再犯罪，都不构成累犯。

4．无期徒刑

无期徒刑，是剥夺犯罪分子终身自由，强制其参加劳动，接受教育和改造的刑罚方法。

无期徒刑是介于有期徒刑和死刑之间的一种严厉的刑罚。对于那些罪行严重，需要与社会永久隔离，但是又不必判处死刑，而判处有期徒刑又不足以打击的犯罪分子，对其适用无期徒刑是必要的。有了无期徒刑，既可以减少死刑的适用，有利于贯彻少杀政策，又可以有效地遏制某些重大刑事犯罪，填补有期徒刑与死刑之间的空隙，完善刑罚体系。刑法分则条文将无期徒刑规定为法定刑的主要有两种情况，一种是有死刑的条文都把无期徒刑作为供选择适用的一个刑种；二是当规定有期徒刑的最高期限仍不足以惩治该种犯罪时，把无期徒刑作为最高刑加以规定。

无期徒刑的执行，一般应在监狱执行，也可以在警戒条件好的劳动改造队执行。凡有劳动能力的，都应当参加劳动，接受教育和改造。

无期徒刑和有期徒刑同属于剥夺自由刑，两者的主要区别是：1.期限不同。无期徒刑是剥夺犯罪分子终身自由，而有期徒刑是剥夺犯罪分子一定期限的自由。2.严厉程度不同。无期徒刑是介于死刑和有期徒刑的最高刑期之间的刑罚，在刑期上长于有期徒刑最高刑；有期徒刑是介于拘役最高刑与无期徒刑之间的刑罚，轻于无期徒刑。3.适用对象不同。无期徒刑只适用于罪行严重但是不必判处死刑的犯罪分子；有期徒刑既可适用于罪行严重的犯罪分子，也可适用于罪行较轻的犯罪分子。

无期徒刑剥夺犯罪分子终身自由，并不等于被判处无期徒刑的犯罪分子必然终身监禁，只要他们认真接受教育改造，坚持改恶从善，仍有希望重获人身自由，回归社会。实践中，有许多犯罪分子服刑一定期限后，由于确有悔改或者立功表现，而被减刑、假释，最终重返社会。可见，在我国对犯罪分子适用无期徒刑，仍然是为了教育改造犯罪分子，使他们走向自新之路。

5．死刑

死刑，是剥夺犯罪分子生命的刑罚方法。它是历史最为古老，制裁最为严厉的一种刑罚方法。十八世纪资产阶级革命以来，一直有人提倡废除死刑。现在已经有一些国家或者在法律上，或者在实践中，废止了死刑的适用。但是，多数国家仍然保留死刑。

我国对待死刑的一贯政策是，不废除死刑，但是严格限制死刑的适用，坚持少杀，严禁滥杀，防止错杀。这是符合我国目前同犯罪作斗争的现实需要的。在我国刑法上，死刑有如下几个方面的特点：

1.对于适用死刑的犯罪，加以限制。刑法第 48 条规定，死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。罪行极其严重，是指故意犯罪中，对于国家和人民利益危害特别严重，手段极其残忍，情节特别恶劣。未达到此程度的，就不能够对其适用死刑。在刑法分则中，对于适用死刑的具体犯罪，都是有明文规定的。没有明文规定死刑的犯罪，一律不得适用死刑。

2.对于适用死刑的犯罪分子，加以限制。刑法第 49 条规定，犯罪的时候不满十八周岁的人和审判的时候怀孕的妇女，不适用死刑。

犯罪的时候不满十八周岁的人不适用死刑，是指不能判处死刑，既不能判处死刑立即执行，也不能判处死刑缓期两年执行，更不是等待犯罪分子年满十八周岁以后再执行死刑。

审判的时候怀孕的妇女，不适用死刑，同样包括不适用死刑立即执行和死刑缓期两年执行。这里所谓审判，是指整个刑事诉讼活动的全过程，而不仅仅指人民法院开庭审判。在整个刑事诉讼的全过程中的某一阶段上，怀孕的妇女都不适用死刑。既不能等待其分娩之后执行死刑，也不能为其流产之后执行死刑。

3.死刑核准的程序有特别限制。刑法第 48 条第 2 款规定，死刑除由最高人民法院判决的以外，都应当报请最高人民法院核准。这在新刑事诉讼法和新刑法中都作了重新确立。

4.以死刑缓期执行的制度，调控死刑实际执行的数量。根据刑法第 48 条的规定，对于应当判处死刑的犯罪分子，如果不是必需立即执行的，可以判处死刑同时宣告缓期二年执行。

根据刑法第 50 条的规定，死刑缓期二年执行的后果，有两种可能，一种是生，一种是死。在死刑缓期执行期间，如果没有故意犯罪，二年期满以后，减为无期徒刑；如果确有重大立功表现，二年期满以后，减为十五年以上二十年以下有期徒刑；如果故意犯罪，查证属实的，由最高人民法院核准，执行死刑。

根据刑法第 51 条的规定，死刑缓期执行的期间，从判决确定 之日起计算。死刑缓期执行减为有期徒刑的刑期，从死刑缓期执行期满之日起计算。

（二）附加刑

附加刑，是补充主刑适用的刑罚方法。附加刑既可以附加适用，也可以独立适用。在独立适用时，适用于罪行较轻的犯罪分子。

在我国刑法上，附加刑有四种，即罚金、剥夺政治权利、没收财产和驱逐出境。

1．罚金

罚金，是人民法院判处犯罪分子向国家缴纳一定数额金钱的刑罚方法。

在我国刑法中，罚金主要适用于贪财图利性质的各种犯罪，既适用于犯罪的自然人，也适用于犯罪的法人，适用范围是很广的。罚金刑的作用，一方面在于惩罚教育犯罪分子，另一方面在于剥夺犯罪分子再犯条件。

罚金刑的规定方式，主要有三种。一是单处罚金，均适用于法人犯罪。我国刑法规定，对于法人犯罪，一般采取双罚制，对于法人判处罚金，对于其中自然人成员判处其他刑罚。个别情况下，采取单罚制，不处罚法人，则属于例外。例如，刑法第 107 条规定：“境内外机构、组织或者个人资助境内组织或者个人实施本章第 102 条、第 103 条、第 104 条、第 105 条规定之罪的，对直接责任人员，处 5 年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；情节严重的，处 5 年以上有期徒刑。”二是并处罚金，既出现在对于自然人犯罪的法定刑中，也出现在对于法人犯罪采取单罚制处罚其中自然人成员的场合。前者例如刑法第 164 条规定的对公司、企业工作人

员行贿罪，后者例如刑法第 137 条规定的建筑工程质量重大安全事故罪。三是并处或者单处罚金。这种规定方式出现的场合与上述第二种情况相同。

对于罚金的数额，刑法第 52 条规定，判处罚金，应当根据犯罪情节决定罚金数额。这个规定，原则性太强，毫无实际操作的价值。在刑法典分则中，对此采取了多种规定的方式。1.最多采取的一种，是在条文中，没有规定罚金的数额，只规定处罚金，无论是并处，还是单处，都未明确罚金数额。2.有些条文中，规定比例罚金或者倍数罚金制，即在条文中规定判处罚金时，以有关犯罪涉及金额为参照系，规定一定的比例或者倍数作为罚金的幅度。这又有三种情况。一是单纯规定比例罚金制。例如，刑法第 158 条规定的虚报注册资本罪，在规定其他刑罚的同时，规定“并处或者单处虚报注册资本金额百分之一以上百分之五以下罚金”。二是单纯规定倍数罚金制。例如，刑法第 182 条规定的操纵证券交易价格罪，在规定其他刑罚的同时，规定“并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金”。三是混合罚金制，即在同一条文中，比例罚金制与倍数罚金制同时采用。例如，刑法分则第三章第一节生产、销售伪劣商品罪中的犯罪，都是规定“并处或者单处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金”。3.有些条文中，直接规定具体的罚金幅度，例如刑法第三章第四节破坏金融秩序罪中的犯罪，有些就是采取了明确规定罚金数额幅度的方法，如持有、使用假币罪，分别规定了“并处或者单处一万元以上十万元以下罚金”、“并处二万元以上二十万元以下罚金”和“并处五万元以上五十万元以下罚金”等。

以上这些规定的方式使罚金数额完全无法可依的局面大大缓解。当然，罚金数额的确定仍然存在比较大的问题。在没有明确规定数额的情况下，还是无所适从。在有规定的几种情况下，也不是已经一蹴而就了。在比例或者倍数罚金制的情况下，确定犯罪所涉及的金额，即比例或者倍数的参照系，是困难的。在规定罚金幅度的情况下，经济的发展，尤其是通货膨胀现象，会导致这些幅度失去其合理性。法律应当相对稳定，但是当法律规定在短时期内就与社会发展状况不相适应时，稳定的法律就会失去严肃性。这些都是在立法技术上需要不断改进的问题。

根据刑法第 53 条的规定，罚金的执行方式有以下：1.一次缴纳。在罚金数额不大，或者犯罪分子缴纳没有困难的情况下，一般采取一次缴纳的方式。2.分期缴纳。适用于罚金数额较大，一次缴纳有困难的情况。3.强制缴纳。是在判决确定的期限届满后，犯罪分子有能力缴纳而不缴纳的，人民法院强制犯罪人缴纳。4.随时追缴。对于不能全部缴纳罚金的，人民法院在任何时候发现被执行人有可以执行的财产，应当随时追缴。5.减少或者免除缴纳。如果由于遭遇不能抗拒的灾祸缴纳确实有困难的，可以酌情减少或者免除犯罪人对于罚金的缴纳。所谓不能抗拒的灾祸，是指各种天灾人祸，例如水灾、火灾、旱灾、雪灾、地震、瘟疫、战争、车祸、疾病等等。

2．剥夺政治权利

剥夺政治权利，是剥夺犯罪分子参加国家管理和政治活动的权利的刑罚方法。

剥夺政治权利是一种资格刑，既可以附加适用，也可以独立适用。独立适用剥夺政治权利，是作为一种轻刑，适用于罪行较轻，不需要判处限制或者剥夺人身自由刑的犯罪分子。此种情况，以法律有明文规定者为限，法律没有明文规定剥夺政治权利的，不得独立适用剥夺政治权利。附加适用剥夺政治权利，则适用于罪行严重的犯罪分子。刑法第 55 条规定，对于危害国家安全的犯罪分子应当附加剥夺政治权利；对于故意杀人、强奸、放火、爆炸、投毒、抢劫等严重破坏社会秩序的犯罪分子，可以剥夺政治权利。刑法第 56 条规定，对于被判处死刑、无期徒刑的犯罪分子，应当剥夺政治权利终身。

根据刑法第 54 条的规定，剥夺政治权利是剥夺下列权利：①选举权和被选举权；②言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利；③担任国家机关职务的权利；④担任国有公司、企业、事业单位和人民团体领导职务的权利。

剥夺政治权利的期限，根据刑法第 55 条和第 57 条的规定，有以下几种情况：①判处死刑、无期徒刑的，剥夺政治权利终身。②判处有期徒刑、拘役附加剥夺政治权利的，或者单处剥夺政治权利的，期限为一年以上

五年以下。③判处管制附加剥夺政治权利的，剥夺政治权利的期限与管制的期限相同。④在死刑缓期执行减为有期徒刑或者无期徒刑减为有期徒刑的时候，应当把附加剥夺政治权利的期限改为三年以上十年以下。

剥夺政治权利的刑期计算，独立适用和附加适用有所不同。独立适用剥夺政治权利的，从判决确定之日起计算并执行。判处管制附加剥夺政治权利的，其期限同时起算，同时执行。判处有期徒刑、拘役附加剥夺政治权利的刑期，从有期徒刑、拘役执行完毕之日或者从假释之日起计算。剥夺政治权利的效力当然施用于主刑执行期间。判处死刑、无期徒刑的，附加剥夺政治权利终身，不存在刑期起算问题。判处死刑缓期二年执行减为有期徒刑或者无期徒刑减为有期徒刑的，剥夺政治权利的刑期相应改为二年以上十年以下，刑期从减刑后的有期徒刑执行完毕之日或者假释之日起计算。

3．没收财产

没收财产，是把犯罪分子个人所有财产的一部或者全部强制无偿地收归国有的刑罚方法。

没收财产是一种极为严厉的附加刑，主要适用于危害国家安全的犯罪，走私等严重破坏社会主义市场经济秩序的犯罪和贪财图利性的妨害社会管理秩序的犯罪。作为附加刑，没收财产与罚金同属于财产刑的范畴。但是，与罚金刑相比较，没收财产更为严厉。两者的区别主要在于，罚金是判处罪犯向国家缴纳一定数额金钱的刑罚方法；而没收财产的对象既包括金钱，也包括其他财产。没收的财产的来源，只能是现在属于罪犯所有的财产，不得没收属于罪犯家属所有或者应有的财产；而罚金的来源则没有此项限制，既可能是罪犯本人现有的金钱，也可能是由借贷、馈赠而来的金钱，还包括任何时候发现的被执行人所有的可供执行的财产，该财产可以用以折抵罚金。

在适用没收财产的时候，应当注意以下几个问题：一是没收财产只能适用于刑法分则条文明文规定把它作为法定刑刑种之一的犯罪。二是在没收全部财产时，应当对犯罪分子个人及其扶养的家属保留必需的生活费用。三是在判处没收财产的时候，不得没收属于犯罪分子家属所有或者应有的财产。四是没收财产以前犯罪分子所负的正当债务，需要以没收的财产偿还的，经债权人请求，应当偿还。以没收财产偿还债务，必须同时具备四个条件：①必须是犯罪分子在其财产被没收以前所负的债务，财产被没收以后所负的债务不在此列。②必须是正当的债务。所谓正当债务，是指基于正当的买卖、借贷、租赁或者雇佣等民事法律关系而发生的债务。如果是由于赌博、敲诈、吸毒贩毒、卖淫嫖娼等所产生的非正当的债务，不予偿还。③必须经债权人提出请求。这里对债权人提出请求的期限没有规定，但并不是没有期限限制，而是应当以债权人得知债务人的财产被没收之日起，依照《民法通则》第 136 条的规定，以一年的期限为限。④必须是在没收的财产的数额内偿还。如果债务数额超过没收财产的数额，超过部分，不予偿还。如果同时有几起正当的债务，法院应根据提出请求的先后顺序予以偿还。如果数个债权人同时提出请求，没收的财产又不足以偿还的，一般按比例分别予以偿还，有特殊困难的债权人可以优先受偿。

4．驱逐出境

驱逐出境，是指驱逐犯罪的外国人离开中国国境的刑罚方法。

根据刑法第 35 条的规定，对于犯罪的外国人，可以独立适用或者附加适用驱逐出境。这是一种特殊的附加刑，不具有普遍适用的性质。驱逐出境只能适用于犯罪的外国人，而不能适用于中国公民。所谓外国人，是指具有外国国籍的人和无国籍人。在台湾地区和西方一些国家的刑法理论上，把驱逐出境列为保安处分的一种，而不作为刑罚。我国刑法中，也是把驱逐出境列在刑罚体系之外，设立专条单独规定的。

在确定外国人的国籍问题时，应当注意：①我国不承认双重国籍。取得中国国籍者，不应保留外国国籍；取得外国国籍者，则丧失中国国籍。未取得中国国籍的，或者丧失中国国籍的人，都可以适用驱逐出境。②难民的国籍，按照我国参加的《关于难民地位的公约》和《难民地位议定书》的规定，按外国人对待。但是华侨仍应按中国人对待，中国血统的外国人，按外国人对待。外国人冒充中国人长期居住在中国，犯罪后又声明是外国人的，应查明其国籍依法处理。对于此类人员，查明确属外国人的，可以适用驱逐出境。③中国公民偷越

边境到外国，又回国的，如果未取得外国国籍，仍以中国人对待；如果取得外国国籍的，以外国人对待。

三、非刑罚的处理方法

非刑罚的处理方法，是对于犯罪分子适用的刑罚以外的处理方法。这些非刑罚的处理方法，不属于刑罚的范畴。考虑其与刑罚有密切的关系，所以刑法把它们与刑罚的种类规定在同一节中。根据其法律上的地位，非刑罚的处理方法有两种不同作用，一是作为刑罚的补充，二是作为刑罚的替代。

作为刑罚的补充的方法，是在判处刑罚的同时判处赔偿经济损失。刑法第 36 条规定，由于犯罪行为使被害人遭受经济损失的，对犯罪分子除依法给予刑事处罚外，并应根据情况判处赔偿经济损失。承担民事赔偿责任的犯罪分子，同时被判处罚金，其财产不足以全部支付的，或者被判处没收财产的，应当先承担对被害人的民事赔偿责任。判处赔偿经济损失，应当具备两个条件：①被害人的经济损失必须是由被告人的犯罪行为所造成的；②适用的对象必须是依法被判处刑罚的犯罪分子。

作为刑罚的替代的方法，是指行为构成犯罪，但是不需要判处刑罚者，予以替代处分。刑法第 37 条规定的，对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免予刑事处罚，但是可以根据案件的不同情况，予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失，或者由主管部门予以行政处罚或者行政处分。这些非刑罚的处理方法适用的条件是：①犯罪分子的犯罪行为由于情节轻微不需要判处刑罚。②根据案件情况又需要给予适当的处理，以教育、警戒犯罪分子。

训戒，具结悔过和赔礼道歉，是人民法院对犯罪情节轻微而免予刑事处分的犯罪分子所采取的教育方法。训戒，是指人民法院对犯罪分子当庭进行批评或者谴责。具结悔过，是指人民法院责令犯罪分子用书面方式保证悔改，以后不再犯罪。赔礼道歉，是指人民法院责令犯罪分子向被害人承认错误，表示歉意。

赔偿损失，适用于依法免予刑事处分的犯罪分子，根据犯罪行为对被害人所造成的经济损失的大小，酌情判决或者责令被告人向被害人赔偿一定数额的金钱，以补偿被害人的损失。

由主管部门予以行政处分，是指人民法院根据案件的情况向被告人所在单位提出的予以行政处分的司法建议，而由主管单位给予被告人适当的行政处分。人民法院无权直接对被告人作出行政处分的判决。

第三节　量刑

一、量刑的概念与原则

（一）量刑的概念

量刑是人民法院依照刑法的规定对犯罪分子裁量刑罚的活动。

定罪和量刑是人民法院行使审判活动中的两个重要环节，也是我国刑法主要解决的两个问题。在查清案件事实的前提下，定罪是解决被告人的行为是否有罪和构成什么犯罪的问题。量刑则是在定罪的基础上，解决对犯罪分子应否判处刑罚和如何适用刑罚的问题。前者主要是由犯罪构成原理加以解决，而后者则根据量刑原则和刑罚适用制度加以解决。就定罪和量刑的关系而言，一般认为，定罪是量刑的必要前提，量刑是定罪的必然归宿。定罪不准，量刑必然会错；定罪准确，量刑也不一定就会适当。因此，在定罪和量刑这两个环节中，都有造成错案的可能性。我们在实践中必须既注意正确定罪，又注意量刑适当。

（二）量刑的原则

我国刑法第 61 条规定：对于犯罪分子决定刑罚的时候，应当根据犯罪的事实，犯罪性质、情节和对于社会的危害程度，依照本法的有关规定判处。这是总结我国司法机关历年来量刑的经验而规定的量刑的基本原则。

毫无疑问，这一规定是我国刑事审判工作以事实为根据，以法律为准绳这一基本原则在量刑上的具体化和法律化。它包括以下两个方面：

1.量刑必须以犯罪事实为根据。犯罪最本质的特征是行为的社会危害性，构成犯罪之行为的社会危害性的大小，是区别罪重罪轻，从而决定量刑轻重的主要标准，可见，犯罪事实是量刑的客观基础。没有犯罪事实，就无法确立犯罪，也就谈不上量刑了。因此，人民法院在量刑的时候，首先就要查清犯罪事实，为准确地区分犯罪性质，全面分析犯罪情节，从而判断其社会危害性的大小，正确地适用刑罚，提供可靠的客观依据。

所谓犯罪事实，是指刑事案件的所有实际情况的整体，或者说是广义的事实。以事实为根据，就是一切从事实出发，不作主观臆断，任何判断都必须有可以证明的事实作为根据。在量刑过程中，犯罪事实的性质和社会危害程度是一切判断的根据。所以，以事实为根据的原则具体包括以下几个方面：

①查明犯罪事实。犯罪事实是量刑的基础，是量刑的根据，没有犯罪事实就不能成立犯罪，更谈不上量刑。只有以事实为根据的态度，查清案件的全部事实真相，认定犯罪事实，才能为准确地区分犯罪的性质、全面分析犯罪情节、判断其社会危害程度，进而对犯罪人判处适当刑罚提供可靠的客观基础。

一般来说，犯罪事实主要是指犯罪构成所要求的事实，以及犯罪行为直接涉及的其他事实。为了全面地理解以事实为根据的含义，必须将犯罪事实和犯罪构成事实、刑事案件的全部事实三个概念加以区别。犯罪构成事实是指犯罪构成要件所要求必须具备的若干基本事实。如某种危害社会行为侵犯什么样的法益；造成什么样的危害结果，以及行为和结果之间是否存在因果关系；行为人主观上有无故意或者过失；行为人是否具有刑事责任能力等等。犯罪事实包括的范围则更广，比如犯罪动机、犯罪手段、犯罪工具、被害人在犯罪过程中所起的作用、犯罪现场的情境等等。而刑事案件的全部事实，内容更为广泛，可以包括犯罪者的个人情况，如身体状况、受教育状况、犯罪前后的表现和态度，还可以包括犯罪发生时的社会治安状况等环境情况。以事实为根据的原则要求以案件的全部事实作为量刑的根据，是从整体上来说的。不过，刑法第 61 条要求的第一个步骤，查明犯罪事实，则主要是指犯罪所直接涉及的事实。这是确定犯罪性质、考察犯罪社会危害程度的直接根据和基础，也是进一步分析犯罪情节的前提。

②确定犯罪性质。在查清犯罪事实的基础上，准确地确定犯罪性质，对实现量刑有着重要的价值。这里所说的确定犯罪性质，就是要准确地确定行为人是犯了什么罪。我国刑法分则将犯罪分为 10 大类，将近 400 种，各种犯罪之间的性质也是各不相同的。例如，故意杀人罪和故意伤害罪的性质是不同的；抢劫罪和抢夺罪的性质是不同的。有些犯罪从行为和后果上看可能很相似，但是性质却不一样。以故意杀人罪和过失杀人罪为例，二者都是杀人，都造成了被害人死亡的结果。但是主观上一个是故意，一个是过失，因而是两种不同性质的犯罪。由于这两种犯罪性质不同，所适用的刑罚也就截然不同。因此，人民法院在量刑时，必须慎重地、具体地分析各种犯罪的性质。如果把犯罪性质定错了，量刑就必然发生错误。

③分析犯罪的情节。在刑法中所说的情节一词，是指在刑事案件中能够说明某种行为的社会危害程度，以及行为人的人身危险性与主观恶性程度的各种事实情况。具体包括案件的基本事实、具体细节、环境状况等方面的情况。比如犯罪的动机、手段、现场环境、犯罪人的一贯表现、犯罪后的态度等。从情节的概念可以看出，它的范围大于犯罪构成事实和狭义的犯罪事实的范围，因而在考察整个案件事实情节时特别应当注意全面性和准确性。

犯罪的情节的意义就在于明确犯罪社会的危害程度和犯罪人的人身危险性，从而为量刑提供事实依据。在我国刑法中，情节对定罪量刑的影响有两种形式：一是作为犯罪构成的综合标准，如刑法第 13 条但书规定：情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。二是作为是否给予刑事处分或者决定刑罚轻重的根据，如刑法第 37 条规定：犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免予刑事处分。又如刑法第 235 条规定：过失伤害他人致人重伤的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役。在同一个量刑幅度内，具体判处多重的刑罚，也要视情节而定，比如对故意杀人罪，可以判处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑；情节较轻的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑。

对一个案件究竟应当判处死刑、无期徒刑、多少年有期徒刑，也决定于这个案件的情节的轻重。

④考察犯罪的社会危害程度。犯罪的社会危害程度，是指犯罪行为对社会已经造成或者可能造成的损害的程度。行为的社会危害性是犯罪的最本质的特征，是区分罪与非罪、重罪与轻罪，从而决定是否处以刑罚以及处以重刑还是轻刑的主要依据。

犯罪的情节是反映犯罪的社会危害程度和犯罪人的人身危险性的各种案件事实，所以犯罪的情节和社会危害程度间的关系较容易理解和把握。而犯罪的性质和社会危害程度的关系则是互相影响、互相联系的。一方面，犯罪的性质的不同决定了犯罪的社会危害性的大小不同。另一方面，行为的社会危害程度的大小是判断罪与非罪、重罪与轻罪的标准之一。在这种情况下，判明犯罪的性质和犯罪的社会危害程度是紧密结合在一起的。因而，在列举了犯罪的性质、犯罪的情节之后，刑法第 57 条又特别强调了犯罪的社会危害程度，意在说明对犯罪的危害程度的考察要从全案出发，全面、综合地评定。

2.量刑必须以刑事法律为准绳

量刑以法律为准绳，就是以刑事法律为尺度来对犯罪人的犯罪行为加以衡量、评价，并以此尺度对照犯罪人应当承担的刑事责任，确定适当的刑罚。

刑法第 61 条规定，对犯罪人决定刑罚的时候，应当依照本法的有关规定。这里所说的本法，是我国的各种刑法，其中主要是刑法典。

①以法律为准绳，要求依照刑法总则有关刑罚方法的适用条件、刑罚幅度、数罪并罚的规则等规定裁量刑罚。如，刑法规定犯罪的时候不满 18 周岁的人和审判的时候怀孕的妇女不适用死刑；对犯罪的本国人不适用驱逐出境；有期徒刑的缓刑考验期限为原判刑期以上 5 年以下，不能少于 1 年；数罪并罚所宣告的刑期有期徒刑不能超过 20 年等等。

②以法律为准绳，要求在刑法分则所规定的量刑幅度内选择适当的刑罚。刑法分则规定的法定刑一般都有较大的量刑幅度。如，刑法第 232 条规定的故意杀人罪，从死刑直至 3 年以上 10 年以下有期徒刑。在对故意杀人罪犯量刑的时候，应当首先确定适用的量刑幅度，再在这个量刑幅度内选择适当的刑种和刑期。除了有法定的减轻情节或者有酌定减轻情节以外，不得任意突破法定的量刑幅度。

③以法律为准绳，要求严格执行刑法有关从重、从轻、减轻以及免除处罚的规定，决定刑罚的轻重或者免除。如对于未成年人的处罚原则，对于预备犯、未遂犯、中止犯的处罚原则，对于共同犯罪的处罚原则，对于有生理缺陷的犯罪人的处罚原则等等。

二、量刑的情节

量刑的情节是指人民法院在对犯罪分子量刑时，作为决定处刑轻重或者免除处罚的根据的各种情况。量刑情节分为法定情节和酌定情节两种。

（一）法定情节

法定情节是指刑法明文规定的情节。它包括依照刑法总则规定的对各种犯罪共同适用的情节，以及依照刑法分则规定的对特定犯罪适用的情节。法定情节既有从重处罚的情节，也有从轻、减轻、免除处罚的情节。

从重处罚，是指在法定刑的限度以内，对于具有从重处罚情节的犯罪人比没有这种情节的犯罪人适用较重的刑种或者较长的刑度。对于从重处罚要把握两点：一是应当在法定刑的限度以内判处，不能在法定最高刑之上判处刑罚；二是比犯罪人不具有该从重处罚情节时的刑罚要相对从重，而不是一律判处法定最高刑或者在量刑幅度中线以上判处刑罚。

从轻处罚，是指现在法定刑的限度以内，对于具有从轻处罚情节的犯罪人比没有这种情节的犯罪人适用较轻的刑种或者刑度。从轻处罚要把握两点：一是应当在法定刑限度以内判处刑罚，不允许在法定最低刑之下判处刑罚；二是比之没有这种情节时处刑要相对轻一些，而不是一律判处法定最低刑或者在量刑幅度中线以下判

处刑罚。

减轻处罚，是指判处低于法定最低刑的刑罚。减轻处罚有两种情况：一种是犯罪人具有法律规定的减轻处罚情节的，减轻处罚；二是犯罪人虽然不具有法律规定的减轻处罚情节，但是根据案件的具体情况，判处法定最低刑还是过重的，经人民法院审判委员会决定，也可以减轻处罚。通常称前者为法定的减轻处罚，后者为酌定的减轻处罚。在具体掌握上，减轻处罚只能在法定最低刑以下判处，不能判处法定最低刑，否则将同从轻处罚相混淆。至于减轻的限度，则应当根据案件的具体情况而定。但是能否减轻到免予刑事处分，在理论界有不同的理解，有的认为免予刑事处分也是定其为有罪而属于减轻的范围；另外一种意见认为法律明文规定是在法定最低刑以下判处刑罚，如果免予刑罚，则属于没有判处刑罚。我们认为，减轻处罚和免予处罚是不能混同的。

免除处罚，是指对犯罪人作有罪宣告，但是免除其刑事处罚。免除处罚以行为人的行为构成犯罪为前提，只是由于情节轻微，不需要判处刑罚，或者有其他法定的免予处罚情节，才免除处罚。

在宣告免予刑事处分的同时，可以根据案件的不同情况，予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失，或者建议主管部门予以行政处分。

但是，由于案件情节在实践中具有复杂性，因而刑法在规定法定情节时并非绝对地单纯规定的，而是留有一定的具体裁判余地。在刑法中，主要有以下 10 种规定的形式：①应当从重处罚的情节；②可以从轻或者减轻处罚的情节；③应当从轻或者减轻处罚的情节；④可以从轻、减轻或者免除处罚的情节；⑤应当从轻、减轻或者免除处罚的情节；⑥可以减轻或者免除处罚的情节；⑦应当减轻处罚的情节；⑧应当减轻或者免除处罚的情节；⑨可以免除处罚或者免除刑事处分的情节；10 应当免除处罚的情节。

从上述法定情节规定的语气来看，有两种表述方式，一种是应当，一种是可以。在审判实践中，要正确理解其含义。应当是强制性的规定，法律规定应当从重、从轻而没有从重、从轻的，就是违法；可以是任意性的，可以由人民法院根据案件具体情况灵活掌握。不过，法律规定可以是有倾向性的，必须予以充分的考虑，除了特殊情况外，都要在量刑上有所体现。在刑法中还有不加可以、应当而直接规定从重处罚、从轻处罚的，应当理解为应当从重处罚、应当从轻处罚。

法定情节的内容，都是根据在刑事案件中带有普遍意义的，对于所有的犯罪行为或者某一性质、某些种类的犯罪行为的社会危害程度有决定意义的一般情况而规定的。例如，行为人的个人情况和社会特殊身份、在共同犯罪过程中的地位和作用、犯罪行为造成的危害后果、犯罪对象、犯罪后的态度等等。

在司法实践中，刑事案件的各种情节往往是错综复杂的。有的案件既有法定的从重处罚的情节，又有法定的从轻处罚的情节；有的案件有数个法定的从重或者从轻处罚的情节;有的案件的情节根据法律规定既可以从轻又可以减轻，甚至还可以免除处罚，等等。量刑要根据案件的具体情况作具体分析，综合考察各种情节，全面衡量情节的主次，适当裁量刑罚。而不能否仅仅根据其中某一个法定从重或者从轻处罚的情节进行判处。如果整个案件的情节是轻微的，就不能因为具有某一个从重处罚的情节而判处较重的刑罚；反之，如果整个案情是严重的，也不能仅仅因为具有某一从轻处罚的情节而判处较轻的刑罚。例如，服刑期间逃跑的某甲为报复杀害了检举其原罪行的证人某乙，在潜逃了一段时间后投案自首了。在这一案件中，某甲的自首是法定的可以从轻的情节，要与没有自首的情况相区别，但是他所犯的罪行性质是严重的，其可以从重处罚的情节显得更为突出，因此，就整个案情来看，最终的量刑结果不应很轻。

（二）酌定情节

酌定情节是指法律没有明文规定，而在审理具体案件时认定的，反映该案件犯罪行为的社会危害程度及犯罪人的人身危险性，从而在量刑时酌情掌握的情节。

法定情节比较概括，比如，从重重到什么程度，从轻、减轻要轻到什么程度，在法律上没有具体的规定。因此，人民法院在量刑时必须结合考虑其他情节，当法定的从轻、减轻或者免除处罚的情节重叠时，如何选用，也往往决定于酌定情节。每个案件都有酌定情节，但是不一定都有法定情节，所以说酌定情节是量刑情节的重

要组成部分。

审判实践中，常见的酌定情节，主要有犯罪动机、犯罪手段、犯罪当事的环境和条件、犯罪的损害后果、犯罪侵害的对象、犯罪人的个人情况和一贯表现、犯罪人在犯罪后的态度等等。

总之，酌定情节并不因为法律无明文规定而成为可有可无的情节，而是和法定情节一样，在量刑时都应当加以系统审度、综合平衡。

（三）累犯、自首和立功

1.累犯

因犯罪被判处过一定刑罚的犯罪分子，在刑罚执行完毕或者赦免以后，在法定期限内再犯一定之罪的，构成累犯。累犯概念，是在两种意义上使用的，一是指构成累犯的情况，表明其社会危害性之重；一是指构成累犯的犯罪分子，表明其人身危险性之大。有时单指其中之一。但是多数用法兼指两者，社会危害性与人身危险性相结合。

在我国刑法中，规定了两种累犯，即一般累犯和特别累犯。

（1）一般累犯

刑法第 65 条规定，被判处有期徒刑以上刑罚的犯罪分子，刑罚执行完毕或者赦免以后，在五年内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的，构成一般累犯。

根据刑法规定，可以把构成累犯的条件分解如下：

1.前罪和后罪都是故意犯罪。这是构成累犯的主观条件。两罪都是故意犯罪，充分表明犯罪分子主观恶性之深，人身危险性之大。只有从严处罚才能够实现惩治其已犯、预防其再犯的目的。如果其中任何一罪为过失犯罪的，都不构成累犯。

2.前罪已经被判处有期徒刑以上刑罚，后罪是应当判处有期徒刑以上刑罚之罪。对于前罪而言，被判处有期徒刑以上刑罚，包括被判处有期徒刑、无期徒刑或者死刑缓期二年执行，已经执行完毕或者被赦免。对于后罪而言，是应当判处有期徒刑以上刑罚之罪，意味着人民法院要根据案件事实、犯罪性质、社会危害性大小以及其他情节，对于该罪的量刑情况作出判断，判断的结论是应当判处有期徒刑以上刑罚。这与该犯罪的法定刑无关。因为我国刑法分则每一个罪的法定刑中都包含有期徒刑的刑种，以法定刑中的有期徒刑为依据，是不妥当的。

3.后罪发生在前罪的刑罚执行完毕或者赦免以后 5 年以内。刑罚执行完毕，一般是指主刑执行完毕，至于附加刑是否执行完毕，不影响累犯的成立。另需注意此处所谓赦免，仅指特赦，即未赦其罪，而只赦其全刑或者余刑的情况；大赦，则是既赦其罪，又赦其刑，不视为有前科存在。

构成累犯在前罪刑罚消灭与后罪发生相隔的时间上限于 5 年以内。在前罪刑罚执行过程中，后罪发生者，不构成累犯，两罪以数罪并罚方法处理。在前罪刑罚消灭 5 年以后，也不构成累犯，后罪以独立的犯罪论处，既非数罪并罚，也不受前罪制约而从重。

被假释的犯罪分子，在假释考验期间既没有再犯新罪，也没有发现漏罪，也没有违反法律、行政法规或者国务院公安部门有关假释的监督管理规定尚未构成犯罪的行为，在期满后就视为原判刑罚已经执行完毕。因此，被假释的犯罪分子，上述 5 年期限，从假释考验期满之日起计算。

在前罪所受刑罚处罚，是由外国法院作出的情况下，可否在我国作为累犯构成的条件，这是一个有争议的问题。根据主权原则，外国法院的判决在我国没有任何拘束力，不能认为已经具备构成累犯的条件。因此，前罪和后罪都必须是由我国审判机关作出判决的，才存在构成累犯的可能。至于前罪和后罪在国内的地域管辖和级别管辖上，则无特别要求。

（2）特别累犯

在我国刑法中，规定了一种特别累犯，就是危害国家安全罪的累犯。

危害国家安全的累犯，是一种特别累犯，对一般累犯的构成条件有所变通。刑法第 66 条规定，因危害国家安全的犯罪受过刑罚处罚，在刑罚执行完毕或者赦免以后，在任何时候再犯危害国家安全罪的，都以累犯论处。

危害国家安全累犯的构成，与一般累犯对照，在条件上是不同的：

1.前罪和后罪都是危害国家安全罪。其中任何一罪不是危害国家安全罪的，不构成危害国家安全累犯。只有一罪为危害国家安全罪的，如果符合一般累犯的构成条件，则构成一般累犯。

2.前罪被判处的刑罚和后罪应当判处的刑罚，在种类上没有限制，既包括有期徒刑、无期徒刑和死刑缓期二年执行，也包括管制、拘役或者单处剥夺政治权利的刑罚。

3.前罪的刑罚执行完毕或者赦免以后，在任何时候再犯危害国家安全罪的，都构成危害国家安全的累犯。

（3）累犯的处罚

鉴于累犯的社会危害性和人身危险性较大，刑法规定了对应 的处理方案。刑法第 65 条规定，对于累犯，应当从重处罚。对于累犯的从重处罚，是比照不具有累犯情节的情况从重处罚。刑法第 73 条规定，对于累犯，不适用缓刑。刑法第 81 条第 2 款规定，对于累犯，不得假释。

2.自首

（2）自首的概念

自首，是指犯罪分子在犯罪以后，自动投案，如实供述自己的罪行的行为。自首的成立，需要具备以下条件：

1.自动投案

自动投案，包含三层意义。

一是表明自首具有自动性。也就是说犯罪分子出于自愿而投案。无论犯罪分子自动投案的动机是悔悟前非，是争取宽大，还是走投无路，只要出于其本意，都可以构成自动投案。实践中，有些不典型的自动投案，不宜机械理解。一种是被家长、亲友送往司法机关归案，犯罪分子并非完全主动。这种情况下，考虑我国传统，家长对于子女的管教，亲友之间的相互信赖，为犯罪分子日后的教育改造奠定基础，所以只要犯罪分子如实供述自己的罪行的，都应当以自首对待。二是被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的，以自首论。

二是表明自首具有直接性。一般情况下犯罪分子应当亲自前往公安、检察、审判机关投案。但是在实践中，情况千差万别。有的犯罪分子向上述机关以外的其他组织或者人员投案；有的犯罪分子委托他人代为投案，或者以通讯方式投案；有的犯罪分子在被查询、被怀疑、被通缉、被追捕过程中投案，这些情况仍应视为自动投案。当然，犯罪分子已经被扭送、被抓获，就不存在对于本案的自动投案了。正如在 1984 年最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于当前处理自首和有关问题具体应用法律的解答》所规定的：“自动投案，一般应是犯罪分子本人，直接向公安、检察或审判机关主动投案。对于犯罪分子向所在单位、城乡基层组织或者其他有关负责人员投案的；犯罪分子因病、伤，或者为了减轻犯罪后果，而委托他人先代为投案，或者先以信电投案的；犯罪分子的罪行，尚未被司法机关发觉，仅因形迹可疑，被有关组织查询、教育后，自动投案的；或者正在投案途中，被公安机关捕获的，都应视为自动投案。”

三是表明自首具有时间性。一般发生在犯罪分子对于本罪归案之前，也就是在犯罪分子未因本罪而接受审查和裁判之前。具体而言，包括犯罪事实尚未被司法机关发觉以前；或者犯罪事实虽然已经被发觉，而犯罪分子未被发觉以前；或者犯罪事实和犯罪分子均已被发觉，但是犯罪分子尚未受到司法机关讯问、未被采取强制措施以前。只要在这个时间限度内，不论犯罪事实或者犯罪人两者是否已经被发现，都可构成自首。

2.如实供述自己的罪行

所谓如实，其含义是广泛的。有人认为，如实是指全部供述、句句属实才是如实。这是对自首成立的过于苛刻的要求。在犯罪事实未被发现的情况下，向有关机关和人员供述自己所为的这些事实的，当然是如实。例

如，在交通肇事的案件中，司机打电话报告警察：“我撞人了”，这就是自首。在犯罪事实已经被发现，而未发现其为犯罪人的情况下，只要承认是自己所为，也是如实。例如，在另外一个交通肇事的案件中，警察到来，不知道司机是谁，司机主动上前说：“我是司机”，这也是自首。在犯罪事实和犯罪人都已经被发现，只要自动投案了，就应视为如实供述了自己的罪行。例如，在一个被报了案的交通肇事的现场，司机主动走到警察的面前投案，就应当视为自首。因此，如实供述自己的罪行，不可能苛刻地要求犯罪分子面面俱到地供述案件的一切细节。

犯罪分子投案后，不是如实地供述自己的罪行的，不能以自首论。有的犯罪分子避重就轻，推卸责任，不是如实供述。有的犯罪分子兜揽罪行，包庇同伙，也不是如实供述。还有的共同犯罪的犯罪分子，只供述自己的罪行，不肯供述自己知道的其他共同犯罪人的罪行的，也不是如实供述。

对于自己犯有数罪，都如实供述的，应当都以自首论处。其中有的犯罪未如实供述的，不以自首论处。但是，在犯罪分子以一种概括性的态度自首，逐一供述自己的罪行，而有些事实记忆模糊、表达不清的，也应以自首论处。例如，一个长期在公共场所扒窃的犯罪分子，时间长、次数多，具体侵害对象、非法所得等等，都不易回想起来，丢三落四的，这仍然应当视为如实供述自己的罪行。

（2）自首犯的刑事责任

刑法第 67 条规定，对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，可以免除处罚。刑法第 67 条规定，犯罪后自首又有重大立功表现的，应当减轻或者免除处罚。

3.立功

立功，是指犯罪分子揭发他人犯罪行为，查证属实的，或者提供重要线索，从而得以侦破其他案件等的行为。

立功的成立，需要具备严格的条件：

(1)犯罪分子犯罪以后，具有立功表现。这是立功的前提。未实施犯罪的人，揭发犯罪、提供线索破案的，都不属于此种立功。犯罪分子在犯罪之前有类似行为的，也不能够视为立功。

(2)立功必须表现为揭发他人犯罪行为，查证属实的行为，或者提供重要线索，从而得以侦破其他案件等的行为。在法律明文规定的这两种情况中，他人犯罪和其他案件，都必须是已经发生的案件，或者是正在预备、实施过程中的案件，也就是客观上存在的案件，而不能是在其揭发时完全不存在的案件。司法实践当中，有些犯罪分子为了以立功表现得到从宽处理，会同司法机关引诱一些人员进行犯罪，作为自己揭发犯罪、提供线索的内容，不应当视为立功表现。

刑法第 68 条规定，犯罪分子有立功表现的，可以从轻或者减轻处罚；有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚。

三、数罪并罚

（一）数罪并罚的概念和特征

数罪并罚，是指人民法院对犯罪分子一人所犯数罪，分别定罪量刑，然后按照法定的原则和方法，决定应当执行的刑罚的一种制度。我国刑法中的数罪并罚制度，是指一个犯罪人，在判决宣告以前犯数罪；或者在判决以后，刑罚执行中又发现有漏判之罪；或者在判决以后，刑罚执行中又犯新罪；或者在缓刑、假释考验期限内又犯新罪，而将数罪合并处理的制度。

我国的数罪并罚具有三个特征：

1.一人犯数罪。这是适用数罪并罚的前提条件。没有犯数罪，就谈不上并罚的问题。数罪，有同种数罪和异种数罪之分，从我国刑法立法精神看，数罪并罚一般只适用于异种数罪，特殊情况下也适用于同种数罪。

2.数罪必须发生在判决宣告以前或者刑罚执行完毕以前，以及在缓刑、假释考验期限以内。这是适用数罪

起计算。对牵连犯，应从重行为成立之日起计算。对预备犯、未遂犯、中止犯，应分别从犯罪预备、犯罪未遂、犯罪中止成立之日起计算。

（2）犯罪行为有连续或者继续状态的，从犯罪行为终了之日起计算（刑法第 89 条第 1 款）。所谓连续或者继续状态，是指连续犯和继续犯。对这两种形态的犯罪，均应从犯罪行为终了之日起计算。

（3）在追诉期限内又犯罪的，前罪追诉的期限从犯后罪之日起计算（刑法第 89 条第 2 款）。这种情况，刑法理论上称为时效中断。所谓时效中断，是指在追诉期限内，因犯罪分子又犯了新罪，而使前罪所经过的时效期限归于无效，其前罪追诉期限从犯后罪之日起重新开始计算。

（4）在人民法院、人民检察院、公安机关、国家安全机关采取强制措施后，逃避侦查或者审判的，不受追诉期限的限制。被害人在追诉期限内提出控告，人民法院、人民检察院、公安机关应当立案而不予立案的，不受追诉时效期限的限制（第 88 条）。这种情况在理论上称为时效延长。有上述两种情形之一的，不论罪犯逃避多久，任何时候都可以对其进行追诉。

（二）赦免

1．赦免的概念

赦免是国家宣告对于犯罪分子免除其罪或者免除其刑的一种法律制度。

赦免一般分为大赦和特赦两种。大赦是对于某类犯罪人消灭行刑权和求刑权，赦免的内容涉及罪与刑两个方面，即既赦其罪，又赦其刑。宣告被大赦的人，或者不再认为是犯罪，或者不再追究刑事责任，或者不再执行其刑罚。特赦是对于特定犯罪人消灭行刑权。大赦与特赦的主要区别是：前者既赦罪，又赦刑，后者只赦刑，不赦罪。

大赦和特赦是国家行为，通常是由国家元首或者国家最高权力机关以命令的形式宣告。这种命令，称为大赦令、特赦令。

我国 1954 年宪法有大赦和特赦的规定，但是大赦没有实行过。后来的几部宪法都只规定有特赦，没有再规定大赦。因此，我国刑法第 65 条和第 66 条涉及到的赦免，都是指特赦。

赦免能够产生刑事责任终结的法律效果。与刑罚执行完毕、缓刑考验期满、假释考验期满具有同等效果。因此，被判处有期徒刑以上刑罚的普通犯罪分子，被赦免以后，在 5 年以内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的，构成普通犯罪的累犯。危害国家安全的犯罪分子，被赦免以后，在任何时候再犯危害国家安全罪的，构成危害国家安全罪的累犯。

2．我国的特赦及其特点

新中国成立后，自 1959 年到 1975 年，我国先后实行过 7 次特赦。

1959 年 9 月 17 日，第二届全国人大常委会第 9 次会议决定，对于经过一定时间劳动改造，确实改恶从善的蒋介石集团和伪满洲国的战争罪犯、反革命罪犯和普通刑事罪犯，实行特赦。赦免的对象包括：①关押已满十年，确实改恶从善的蒋介石集团和伪满洲国的战争罪犯、反革命罪犯和普通刑事罪犯；②判处徒刑 5 年以下（包括判处徒刑 5 年）、服刑时间已经达到刑期二分之一以上、确实改恶从善的，判处徒刑 5 年以上、服刑时间已经达到刑期三分之二以上、确实改恶从善的反革命罪犯；③判处 5 年以下（包括判处徒刑 5 年）、服刑时间已经达到刑期三分之一以上、确实改恶从善的普通刑事犯；④判处死刑、缓期 2 年执行的罪犯，缓刑时间已满 1 年、确实有改恶从善表现的，可以减为无期徒刑或者 15 年以上有期徒刑；⑤判处无期徒刑的罪犯，服刑时间已满 7 年、确实有改恶从善表现的，可以减为 10 年以上有期徒刑。

1960 年 11 月 19 日，第二届全国人大常委会第 32 次会议决定，对于经过一定时间的劳动改造，确实改恶从善的蒋介石集团和伪满洲国的战争罪犯，实行特赦。赦免的对象包括：①关押已满 10 年，确实改恶从善的蒋介石集团和伪满洲国的战争罪犯；②判处死刑、缓期 2 年执行的蒋介石集团和伪满洲国的战争罪犯，缓刑时间已满 1 年、确实有改恶从善表现的，可以减为无期徒刑或者 15 年以上有期徒刑；③判处无期徒刑的蒋介石集团

和伪满洲国的战争罪犯，服刑时间已满 7 年、确实有改恶从善表现的，可以减为 10 年以上有期徒刑。

1961 年 12 月 16 日，第二届全国人大常委会第 47 次会议决定，对于经过一定时间的劳动改造，确实改恶从善的蒋介石集团和伪满洲国的战争罪犯，实行特赦。其赦免的对象与第二次相同。

1963 年 3 月 30 日，第二届全国人大常委会第 91 次会议决定，对于确实改恶从善的蒋介石集团、伪满洲国和伪蒙疆自治政府的战争罪犯，实行特赦。

1964 年 12 月 12 日，第二届全国人大常委会第 135 次会议决定，对于确实改恶从善的蒋介石集团、伪满洲国和伪蒙疆自治政府的战争罪犯，实行特赦。

1966 年 3 月 29 日，第三届全国人大常委会第 29 次会议决定，对于确实改恶从善的蒋介石集团、伪满洲国和伪蒙疆自治政府的战争罪犯，实行特赦。

1975 年 3 月 19 日，第四届全国人大常委会第 2 次会议决定，对于全部在押战争罪犯，实行特赦。

我国实行的特赦，具有以下几个特点：①特赦的对象，除了第一次包括反革命罪犯和普通刑事罪犯外，其余都是战争罪犯。②特赦的条件，形式上必须经过一定时间的执行，内容上必须具有确实改恶从善的表现。③特赦的方式，有的赦免余刑，有的予以减刑。但是不赦免其罪。④特赦都是根据党中央或者国务院建议由全国人大常委会决定，由中华人民共和国主席发布特赦令，由最高人民法院和高级人民法院执行。

思考题：

1.刑罚的概念和特征是什么？
2.我国刑罚的目的是什么？
3.刑罚规定的主刑包括哪些基本内容？
4.我国刑法中的少杀政策体现在哪些方面？
5.量刑的情节有哪些？

参考书目：

1、王作富主编：《刑法》，中国人民大学出版社，1999 年 12 月第 1 版。
2、何秉松主编：《刑法教科书》，中国法制出版社，1997 年 12 月第 1 版。
3、杨春洗、杨敦先主编：《中国刑法论》，北京大学出版社，1998 年月第 2 版。
4、陈兴良著：《刑法哲学》，中国政法大学出版社，1997 年 8 月第 1 次修订版。
5、刘生荣著：《犯罪构成原理》，法律出版社，1997 年 12 月第 1 版。
6、阮齐林主编：《刑法总论案例教程》，中国政法大学出版社，1999 年 5 月第 1 版。
7、陈兴良、曲新久著：《案例刑法教程》，中国政法大学出版社，1994 年 5 月第 1 版。
8、黄京平主编：《以案说法》（刑法篇），中国人民大学出版社，1998 年 5 月第 1 版。
9、贝卡里亚著：《论犯罪与刑罚》，中国大百科全书出版社，1993 年 6 月第 1 版。

第十二章　刑法各论概述

教学目的与要求：让学生全面掌握刑法总论和分论的关系，掌握罪名、罪状、法定刑的概念和种类；培养学生法条分析的能力。让学生一般了解法定刑和宣告刑的区别，罪名确定原则等。

教学重点：刑法分则的体系及其特点；罪状、法定刑的概念和种类。

教学难点：罪状、法定刑的概念和种类。

教学方法：讲授

学　时：2 学时（第 8 周）

第一节　刑法各论概述

一、刑法各论与总论的关系

刑法由总则和分则两编组成。刑法总则规定的是犯罪、刑事责任和刑罚的一般原理、原则，在刑法典中居于主导地位。刑法分则规定的是具体犯罪的罪状与法定刑。分则首先是刑法规范的系统化整体，而不是刑法规范的无序的拼凑。其次，这个系统化整体是由载有具体犯罪罪状与法定刑的规范以及属于分则的一些特殊性规范构成的。一般说来，刑法分则规范的功能是描述具体犯罪行为的构成并规定相应的法定刑。但是，在我国刑法中也存在一些不具有前述功能或者不完全具有前述功能的规范，如只载明类罪概念的规范(第 420 条)、□对某类犯罪可以适用战时缓刑的规范、对某类罪可以适用附加刑的规范(第 113 条)等。毫无疑问，□这类规范是从属于分则的，但它们又没有规定具体的罪状和法定刑或者只择其一，因而属于分则的特殊性规范。

刑法分论以分则为研究对象。审述之，它是根据刑法关于各罪的规定以及总则的有关规定和理论，揭示刑法分则体系与结构、具体犯罪的概念与构成条件、法定刑与处罚原则，阐明对具体犯罪在定罪与量刑时应当注意的问题，引导司法机关正确运用刑法同犯罪作斗争。

二、刑法分则的体系及其特点

（一）刑法分则的体系及其特点

研究刑法分论的内容体系的一个重要前提在于，首先必须明确什么是刑法分则的体系。所谓刑法分则的体系，是指以一定的标准把各种具体犯罪进行归类，并根据立法者的价值取向对各类犯罪以及各章中的各种犯罪所作出的排列顺序。这里所说的一定标准乃指同类客体，即刑法所保护的而为某一类犯罪所侵害的一定范围内的相同或相近的利益。我国刑法分则以同类客体为标准将众多的具体犯罪分成 10 类，其排列顺序如下：①第 1 章危害国家安全罪；②第 2 章危害公共安全罪；③第 3□章破坏社会主义市场经济秩序罪；④第 4 章侵犯公民人身权利、民主权利罪；⑤第 5 章犯财产罪；⑥第 6 章妨害社会管理秩序罪；⑦第 7 章危害国防利益罪；⑧第 8□章贪污贿赂罪；⑨第 9 章渎职罪；⑩第 10 章军人违反职责罪。

此外，第 3 章和第 6 章内还设节，即构建了一个较低层次的排列顺序。其余各章虽未设节，但也按一定的标准安排了各种具体犯罪的位置。

刑法分论的内容体系是指在刑法分则体系的基础上所建立的理论体系或框架。从它以刑法分则体系为基础来看，表明两者之间具有密切的联系。但是，刑法分论的内容体系又有不同于刑法分则体系的特点。其一，它

的出发点是从理论上系统地揭示类罪与个罪的概念与特征、犯罪形态、刑事责任以及罪与非罪和此罪与彼罪的界限。其二，为了理论上的系统性，在遵循刑法分则关于各类犯罪的排列顺序的前提下，通常又在各章内增设若干节，即对各种具体犯罪实行亚分类。

（二）刑法各论的研究对象

1997 年 3 月修订的刑法，是一部统一的、比较完备的刑法典。□反映到分则上，除了增加危害国防利益罪、贪污贿赂罪和军人违反职责罪这三类罪外，就是：将刑法实施 17 年来由全国人大常委会作出的有关刑法的修改补充规定和决定研究修改编入刑法；将一些民事、经济、行政法律中“依照”、“比照”刑法有关条文追究刑事责任的规定，改为刑法的具体条款；对于新出现的需要追究刑事责任的犯罪行为，经过研究认为比较成熟、比较有把握的，作出新的规定。

由于近些年来颁布的单行刑法、附属刑法中的分则规范或被纳入新刑法分则体系，或予以废止，因此，我们的刑法分论是以新刑法分则为研究对象的，其重点是对新刑法分则提出的一些热点、难点问题，如新罪名问题、法条竞合问题、新罪的概念及其构成要件、法定刑问题作出理论回应。

此外，最高人民法院和最高人民检察院对具体适用刑法的问题，作出了一系列司法解释，其中有的仍然有效。目前，“两高”就新刑法具体适用问题出台了新的司法解释。具有约束力的司法解释对于统一司法机关的认识，加强办案质量起着重要的指导作用，因而也是刑法分论内容体系的组成部分。

第二节　罪名、罪状、法定刑

一、罪名

这里所说的罪名是以个罪名为前提的，即指某种具体犯罪的名称。个罪名包含在罪状之中，是对某种犯罪本质特征的简明概括。例如，破坏生产经营罪这一罪名暗含在“由于泄愤报复或者其他个人目的，毁坏机器设备、残害耕畜或者以其他方法破坏生产经营的”罪状之中，是对该罪本质特征简明概括的结果。

（一）罪名的特征

1．概括的对象必须是某种具体的犯罪

所谓某种具体的犯罪，是指刑法分则条文规定的具有明确法定刑的犯罪。这是区别于类罪名、节罪名的明显特征。有的类罪名，如军人违反职责罪也是由刑法分则条文加以规定的，但它没有法定刑，它是以犯罪的同类客体为根据进行概括的，因而不同于个罪名。

2．必须是对某种犯罪本质特征所作的概括

这里所说的犯罪本质特征，是指反映该罪特有的并区别于其他犯罪的属性。应当指出，反映某种犯罪本质特征的属性可能是一个，也可能是数个。例如，聚众哄抢罪一个行为属性就足以反映该罪的本质属性。在某些场合，反映某种犯罪本质特征的属性是数个，这时就需要把它们概括在罪名中。通常所说的“行为+□对象或客体”、“罪过+行为”等就是数个属性结合在一起来确定罪名。

3．必须是对某种犯罪本质特征的简明概括

这既是前述第二个特征派生出来的，也是与罪名作为犯罪名称这一特殊要求相联系的。罪名是某种犯罪的名称，如果用冗长、具体的文字进行概括，那么它与罪状也就无区别了。从我们概括出的罪名看，大多数具有简明的特点，如职务侵占罪、聚众斗殴罪等。但也有些罪名由于罪状描述方式的特点用的文字相对较多，如非法携带武器、管制刀具、爆炸物参加集会、游行、示威罪。这说明简明具有相对性，也表明它是简与明的统一。

我国刑法分则一般只是规定罪状，而不明确地列出罪名。在确定罪名时，需要对罪状所述的犯罪构成要件

进行概括、归纳、推理。正因如此，有的同志认为，我国刑法制定罪名采用的是“暗含推理式”。由于对罪状的理解不同，以及概括、归纳、推理的方式和程度的不同，加之确定罪名的主体的多元性，往往导致确定罪名的不统一。例如，我国多数刑法学者主张将第 279□条规定的犯罪定名为“招摇撞骗罪”，但也有人反对。他们认为，“将该罪称为招摇撞骗罪，这就偏离了立法原意，因为不冒充国家工作人员，仅实施招摇撞骗行为是不构成该罪的，冒充国家工作人员是该罪的重要特征……，因而是该罪名的组成部分”，主张罪名称为“冒充国家工作人员招摇撞骗罪”。这样本罪就有两种不同的罪名并存。这种现象不仅存在于理论研究中，而且也存在于刑事判决中。例如，《最高法院公报》1986 年第 1□号在转发李金城等 5 人投机倒把、受贿案时，认为上海市高、□中级人民法院对被告人定“受贿罪”是正确的；前述公报 1986 年第 2 号在转发张常胜、□叶之枫泄露国家重要机密、收受贿赂案时，又肯定北京市高、中级人民法院对被告人定“收受贿赂罪”是正确的。这说明问题的严重性，也反映出我们在确定罪名时还缺乏共同遵循的原则。

（二）罪名的确定

罪名问题不单纯是个名称问题，一方面它关系到定罪的准确性、统一性和稳定性问题，另一方面又反映了理论研究是否严肃与科学的问题。要正确确定罪名，必须做到以下几个方面：

首先，必须以罪状为根据。坚持以罪状为根据就是要求确定罪名应符合立法原意，即具有合法性。确定罪名以罪状为根据包含以下含义：

1．根据罪状的种类，用不同的方法来确定罪名

罪名暗含于罪状中，但我国刑法中的罪状并不出于同一模式。它们之中有的属于简单罪状，有的属于叙明罪状或空白罪状等。这些罪状在结构和表现形式上殊有差异，因此，罪名暗含的特点也不同，这就要求我们根据罪状的种类采用不同的方法来确定罪名。

（1）引证法。引证法主要适用于对引证罪状的罪名的确定。引证罪状的特点在于引用其他条款来说明某一犯罪的构成要件，而这一犯罪的罪名暗含在其他条款的罪状中。因此，引证法就是引用其他条款的罪名来确定本罪名的方法。例如，第□307 条第 3 款规定：“司法工作人员犯前两款罪的，从重处罚”。本款罪状是引证罪状，它所规定的犯罪的罪名应引证前两款的罪名。引证法还适用于确定加重犯和减轻犯的罪名。

（2）直接采用法。所谓直接采用法，是指直接采用罪状作为罪名的方法。它适用于确定简单罪状的罪名。例如，第 170 条描述的“伪造货币的”，□就是简单罪状。确定该罪状的罪名时就可以使用直接采用法。

（3）筛选法。所谓筛选法，是指对罪状所描述的犯罪构成诸要件进行筛选，并择其要者为罪名的方法。这种方法主要适用于确定空白罪状、混合罪状和叙明罪状中的罪名。由于它的适用范围较宽，因而是我们常用的一种确定罪名的方法。例如，第 244 条规定：“用人单位违反劳动管理法规，以限制人身自由方法强迫职工劳动，情节严重的……”。本条规定的罪状为空白罪状。在该罪状中除了指出违反的法规外，还描述了“强迫职工劳动”的行为、行为方法(以限制人身自由方法)和“情节严重”。其中，违反法规说明强迫职工劳动的性质，方法和情节严重则强调强迫劳动的危害程度。这样我们就选择“强迫职工劳动”这一本质特征作为本罪的罪名，即强迫职工劳动罪。混合罪状的特点在于用两种罪状的机制来描述某一犯罪构成的要件。因此，筛选法也适用于混合罪状的罪名的确定。例如，第 340□条规定：“违反保护水产资源法规，在禁渔区、禁渔期或者使用禁用的工具、方法捕捞水产品，情节严重的……。”该条罪状是混合罪状。该罪状除指出违反的法规外，还详尽地描述了捕捞水产品的行为以及实施的“地点”、“时间”、“工具”、“方法”和“情节严重”。其中，捕捞水产品的行为是本罪最重要的特征，而且该行为以违反保护水产资源法规为条件，即具有非法性。这样我们就以非法捕捞水产品作为本罪的罪名，即非法捕捞水产品罪。使用筛选法确定混合罪状的罪名时，所选用的词语仅部分是该罪状中出现的词语，如捕捞水产品(非法是通过分析得出来的，□而且不是该罪状中的词语)。这一点和走私罪有所不同。□用筛选法确定空白罪状的罪名时所选用的词语通常是该罪状中出现的词语，如走私、盗伐林木等，但也有例外，如交通肇事罪。

确定叙明罪状的罪名时也可以使用筛选法。例如，第 263□条规定：“以暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私

财物的，处……。”该条采用的是叙明罪状。它较详尽地描述了行为方式、行为和行为对象。经过分析，我们确认“抢劫”是本罪最重要的特征，并选用它作为罪名，即抢劫罪。

（4）概括法。所谓概括法，是指对罪状所描述的具体犯罪构成的诸要件进行归纳，并以罪状中未曾出现的词语来概括本罪名的方法。它主要适用于确定叙明罪状的罪名。例如，第 181 条规定：“明知是现役军人的配偶而与之同居或者结婚的，□处……。”该罪状描述了该罪的主观要件(明知)、对象(现役军人的配偶□)、客观要件(同居或者结婚)。经过分析、归纳后，□以罪状中未曾出现的“破坏军人婚姻”概括其罪名，即破坏军人婚姻罪。与此相类似的还有伪证罪等罪名的确定。

2．结合罪状所描述的犯罪构成要件来确定罪名

确定罪名以罪状为根据的第二层含义是结合它所描述的犯罪构成来确定罪名。如前所述，罪状是对具体犯罪构成的描述。结合罪状所描述的犯罪构成来确定罪名是从中引出的必然结论。但是，我们也应看到，罪状的性质、描述的方式以及描述的侧重点不尽相同。在这种情况下，被描述的犯罪构成是否反映在罪名中，就要具体问题具体分析。

（1）直接客体与罪名。直接客体是成立犯罪的必要条件之一，它直接决定犯罪的性质。但是，在绝大多数场合，罪状对直接客体并不加以描述。一方面，这是因为在相应的场合，罪状往往列举了犯罪对象，并通过它来揭示直接客体的性质和内容；另一方面，通过该犯罪在分则体系中的位置也能判断出它所侵害的利益范围。基于此，对于没有描述直接客体的罪状，我们主张在罪名中不加反映。与此相联系的一个问题就是在罪名中是否反映行为对象。从我国确定罪名的实践看，作法并非统一，有的予以反映，有的则不引入罪名之中。由于行为与行为对象相互关系的复杂性，我们不能人为地设定一律在罪名中不反映行为对象或者一律加以反映。切实可行的是区别不同情况分别加以决定：其一，凡以行为作罪名不能与其它罪名相区别或者不足以反映该犯罪的本质特征时，一般应在罪名中列出行为对象。例如，在刑法分则条文中多次出现“破坏”、“伪造”、“制作”、“贩卖”、“挪用”、“假冒”、“组织”、“运输”等行为。在此类场合，仅用行为作罪名显然不能正确反映它们的本质特征，也不能与其它罪名相区别。因此，应把行为对象列入罪名中，如破坏通讯设备罪、破坏易燃易爆设备罪、伪造国家货币罪、伪造有价证券罪、制造假药罪、制造毒品罪等。其二，凡以行为作罪名足以反映该罪的本质特征或者能够与其它罪名相区别时，一般不宜将行为对象列入罪名中。例如，盗窃、诈骗、抢夺公私财物的，敲诈勒索公私财物的，贪污公共财物的，就可以用盗窃、诈骗、抢夺、敲诈勒索、贪污等行为作罪名。由于盗窃、抢夺等犯罪是常见、多发的犯罪，其罪名已为人们所接受，因此，在其它条文中出现这类行为时，通常应借助行为与行为对象来确定罪名，如盗窃枪支、弹药、爆炸物罪，抢夺枪支、弹药、爆炸物罪。其三，如果同一罪状列举了多种对象，并且应将其载入罪名的，最好将多种对象加以概括。例如，把破坏火车、汽车、电车、船只、飞机概括为破坏交通工具，即破坏交通工具罪；将制作、贩卖淫书、淫画、淫秽音像制品概括为制作、贩卖淫秽物品，即制作、贩卖淫秽物品罪。我们之所以这样主张，主要是因为罪名应简洁、凝炼。如果难以把几种对象加以概括的，或者概括后的对象容易产生疑义的，一般应把这几种对象列入罪名中。例如，第 280 条列举了公文、证件、印章这三种对象，□很难用一个简炼、准确的词语加以概括，因此，就应把这些行为对象列入罪名中，即伪造、变造、买卖、国家机关公文、证件、印章罪。与此相类似的还有非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪，盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物罪等。

对于描述直接客体的罪状，我们主张将直接客体列入罪名之中。因为离开了直接客体，我们确定的罪名就不能正确反映这些犯罪的本质特征或者与其他罪名相区别。聚众扰乱社会秩序罪，聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪，侵犯公民通信自由罪，非法剥夺宗教信仰自由罪便是例证。

（2）犯罪客观方面与罪名。犯罪的客观方面包括危害行为、实施危害行为的方法、时间、地点以及危害结果等。从我国刑法分则的规定看，罪状对这些要件的描述远不是一视同仁的，其中最“偏爱”的是危害行为。有鉴于此，我们认为，除个别情况外(如间谍罪、重大责任事故)，应将危害行为引入罪名之中。由于罪状的结构和描

述方式的不同，罪名的组成成份也有区别。有的纯粹用危害行为作罪名，如盗窃罪、抢夺罪、诈骗罪等；有的罪名由危害行为和犯罪客体组成，如侵犯公民通信自由罪等；有的罪名由危害行为和行为对象组成，如破坏交通工具罪等；有的罪名由犯罪方法和危害行为组成，如利用职务阻碍解救被收买的妇女、儿童罪等；有的罪名由危害行为与实施时间组成，如战时自伤罪等；有的罪名由危害行为与实施地点、时间组成，如战时临阵脱逃罪等。与此相联系的一个问题是，对于条文列举了数个行为方式(偷税罪)或者条文用项的形式列举了多种行为(寻衅滋事罪)如何以危害行为作罪名?就前者而言，我们认为它不过是列举了偷税行为的几种方式，□每种行为方式不构成一个独立的犯罪，因此应当用容量大的偷税行为作罪名，即偷税罪。破坏生产经营罪的罪名确定也属此种情况。从后者来看，条文实际上是以项的形式列举了多种行为。用每种行为作罪名不仅造成罪名过多，而且也无助于实际操作。因此，我们倾向用一个概括的行为作罪名。

对于犯罪方法是否列入罪名中，人们的认识并不统一，其作法也各异。我们认为摆脱困境的有效途径就是制定一项规则，即凡将犯罪方法列入罪名中有助于与其它罪名相区别的，就应在罪名中加以反映；反之，就可以不将其载入罪名中。从这一规则出发，我们认为，第 279□条规定的犯罪方法——“冒充国家工作人员”可以不列入相应的罪名中，称之为招摇撞骗罪。因为不把它们反映在罪名中也不会与其它罪名相混淆。此外，这样处理会使罪名更加简炼。实施犯罪的时间和地点是否被载入罪名中，也应遵循前述规则。

我国刑法只限于对过失犯罪规定危害结果，在相应的罪状中也载有对危害结果的描述。危害结果是否应在罪名中加以反映?从这些犯罪的罪名的确定实践看，□大多数罪名都没有提到危害结果，如玩忽职守罪、失火罪、过失致人死亡罪等；只有个别过失犯罪的罪名载有概括的危害结果，如交通肇事罪、重大责任事故罪。通过对它们的分析发现，在这两种场合，或者由于对违章的行为方式未作特别描述，或者行为本身尚不足以表明其性质，因而危害结果成为确定罪名的关键因素。基于此，我们认为，除前述两种情况外，危害结果一般不应列入罪名中。

（3）犯罪主体与罪名。犯罪主体是成立犯罪的必要条件之一。但是，罪状只对特殊主体而不对一般主体加以描述。被描述的特殊主体是否可以作为罪名的组成成份?我们认为，除在罪名中非保留主体不足以确切反映该种犯罪的性质特点的情况外，犯罪主体一般不列入罪名之中。

（4）犯罪主观方面与罪名。犯罪的主观方面主要包括故意、过失等。故意、过失是否可以作为罪名的组成成份?鉴于这个问题具有一定的复杂性，□需要分别加以研究。

我国刑法中的绝大多数犯罪都是故意罪，但描述故意的条文并不多，如第□232 条(故意杀人的)；第 234 条(故意伤害他人身体的)；第 305 条(故意作虚假证明……)；第 275 条(故意毁坏公私财物的)等。我们认为，□只有在易与过失犯罪发生混淆的情况下，才在罪名中标明故意，如故意延误投递邮件罪、故意杀人罪、故意伤害罪等。在其他场合应尽量避免在罪名中出现故意。

我国刑法分则关于过失犯罪的规定大体有 4 种情况，其一，□罪状对过失作了明确地描述。例如，第 233 条规定：“过失致人死亡的……。”其二，条文第 1 款对故意犯罪作了描述，同条第 2 款以引证罪状的形式提到了过失。例如，第 115 条的规定。其三，罪状没有描述过失，但却规定了过失犯罪的结果特征。例如，第 397 条规定：“国家机关工作人员滥用职权或者玩忽职守，致使公共财产、□国家和人民利益遭受重大损失的……”。其四，在同一条文中对过失、故意均加描述。例如，第 398 条规定：“国家机关工作人员违反保守国家秘密法的规定，□故意或者过失泄露国家秘密，情节严重的……。”

由于刑法对过失犯罪规定的不同，因此在决定过失是否列入罪名时，应实行区别对待。对于第一种情况，我们主张在罪名中应反映过失，如过失致人死亡罪、过失重伤罪，其理由与故意杀人罪、故意伤害罪在罪名中保留故意相同。第二、第四种情况也应在罪名中对过失加以反映，如失火罪、过失损坏交通工具罪、过失泄露国家秘密罪等。因为第 1 款规定的是故意罪，而且在罪名中没有冠以故意。□在这种情况下，第 2 款规定的过失罪在罪名中加上过失是不可避免的。□对于第三种情况，我们认为，没有必要在罪名中保留过失。因为将过

失排除在罪名之外既不会引起误解，也不致于同其它罪名相混淆。

其次，确定罪名必须符合用词规范。这主要涉及罪名的表述问题。罪名是犯罪的名称。因此，罪名的表述应当简明、精炼。例如，把第 268□条的罪名称作“聚众哄抢罪”就很简明、精炼。因为该罪的最本质特征已高度凝炼于罪名之中。应当指出，这里所说的简明、精炼是在罪状基础上的简明、精炼，而不是脱离罪状的简明、精炼。确定罪名必须符合用词规范的第二层含义是罪名的表述应当准确。所谓准确，是指罪名的表述不仅要鲜明地反映每个犯罪的个性特征，而且还能表现出与其他罪名的不同。抢劫罪、抢夺罪的表述就很准确。它们既揭示了各自的个性特征，又不致于使两个罪名发生混淆。但是，也存在不符合准确性要求的罪名。例如，有的论著把非法制造、买卖、运输枪支、弹药等行为概括为“军火罪”。显而易见，这个罪名丧失了罪名应有的功能，即信息功能、识别功能，因而是不科学的。此外，表述罪名还应使用法律上的和规范性语言。如前所述，确定罪名应根据罪状。因此，表述罪名尽可能地使用罪状中的语言。如果需要从罪状中精炼、概括的，也应采用规范性语言，切忌使用方言土语，如“行凶罪”等。

二、罪状

刑法分则规范的结构与内容是多种多样的。有的规范由罪状和法定刑组成，有的只规定罪状而无法定刑，有的只规定法定刑而无罪状，有的是载明类罪概念的规范。所谓罪状，是指对具体犯罪构成的描述。根据对具体犯罪构成的描述方式，可将罪状粗略地分为以下四种：

1．简单罪状

简单罪状是指在分则条文中只简单地指出某种犯罪的名称，而不具体描述其犯罪构成的要件。从刑法规定看，简单罪状占有一定的比例。该类罪状可以分为两种：一是纯粹的简单罪状。在这种罪状中，对具体犯罪构成的要件所作的描述没有超出对罪名的概括。例如，第 232 条规定的“故意杀人的，处……”；第 241 条规定的“收买被拐卖的妇女、儿童的，处……”等都属于纯粹的简单罪状。这种罪状实际上只指出了某种犯罪的名称。二是非纯粹的简单罪状。在这种罪状中，除了罪名以外，还指出其区分罪与非罪界限的要件。例如，第 448 条规定：“虐待俘虏，□情节恶劣的，处……。”这里除了列举虐待俘虏罪的罪名外，还指出了区分罪与非罪界限的“情节恶劣”。非纯粹的简单罪状是具有中国特色的一种罪状，它在很大程度上同我们的立法传统和技术特点有关。有的同志认为，之所以采取简单罪状的方式，是“因为这些犯罪是众所周知的”。客观地讲，有些简单罪状描述的犯罪具有众所周知的特点，如故意杀人罪、收买被拐卖的妇女、儿童罪等。但有的并不如此。例如，第 206 条采用的就是简单罪状，但其描述的伪造、□出售伪造的增值税专用发票罪是否“众所周知”呢?看来，“众所周知”并不是采取简单罪状的唯一原因。

2．叙明罪状

叙明罪状是指在刑法规范中较为详细地描述具体犯罪构成。由于各种具体犯罪的结构与特点的不同，立法者对其犯罪构成要件的描述范围和重点也有所区别。

在刑法分则条文中，叙明罪状占大多数。一方面是因为伪证、受贿、侮辱、诽谤、破坏军婚等概念往往具有日常生活的含义，而且在日常生活的含义上亦加使用。但是，它们作为刑法上的概念具有不同于日常生活的含义，而叙明罪状就为这种区别提供了明确的界限。另一方面，由于叙明罪状较详细地描述某种犯罪的一些重要特征，因而有助于对犯罪的认定和统一适用法律，有助于加强刑法领域内的社会主义法制。

3．引证罪状

引证罪状指引用刑法分则的其他条款来说明和确定某一犯罪构成的要件。我国刑法关于引证罪状的规定大体有两种情况。其一，引用同条前款的规定来说明后款的犯罪构成要件。例如，第 307 条第 3 款规定：“司法工作人员犯前两款罪的，从重处罚。”该款并未对妨害作证罪、帮助毁灭、伪造证据罪的构成要件进行描述、仅指出引用前两款规定对司法工作人员定罪并从重处罚。我国刑法中的特别构成也属于这种情况。例如，我国第 236

条第 3 款规定：“强奸妇女、奸淫幼女，有下列情形之一的，处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑：(一)强奸妇女、奸淫幼女情节恶劣的；(二)强奸妇女、奸淫幼女多人的；(三)在公共场所当众强奸妇女的；(四)二人以上轮奸的；(五)致使被害人重伤、死亡或者造成其他严重后果的。”本款规定的就是强奸妇女罪、奸淫幼女罪的加重犯，其要件应当借助前两款规定的基本构成加以确定。又如，我国第 232 条规定：“故意杀人的，处死刑、无期徒刑或者□10 年以上有期徒刑；情节较轻的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑”。□本条后半段所规定的是故意杀人罪的减轻犯，其定罪也应当借助于本条前半段的规定。其二，引用刑法其他条文来确定某一犯罪的构成要件。例如，第 248 条规定：“监狱、拘留所、看守所等监管机构的监管人员对被监管人进行殴打或者体罚虐待，情节严重的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑。致人伤残、死亡的，依照本法第 234 条、第 232 条的规定定罪从重处罚。”这里对故意伤害罪、故意杀人罪的构成要件未加描述，但却指明了“致人伤残、死亡的”应引用第 234 条、第 232 条的规定定罪从重处罚。

大多数情况下，可以把引证罪状理解为叙明罪状的“变异”, 因为引证罪状在一定程度上包含对具体犯罪的构成要件的部分描述。结合被引证的罪状，可以明确引证罪状所规定的具体犯罪的构成要件。

4．空白罪状

空白罪状即在刑法规范中为了确定某一犯罪的构成要件，需要参照其他法律、法规的有关规定。例如，第 344 条规定：“违反国家规定，非法采伐、毁坏珍贵树木或者国家重点保护的其他植物的，或者非法收购、运输、加工、出售珍贵树木或者国家重点保护的其他植物及其制品的……。”这里没有具体揭示非法采伐、毁坏珍贵树木罪的构成要件，要了解它的构成要件，就必须参照《森林法》等法律法规中的有关规定。

我国刑法关于空白罪状规定的特点在于，其一，明确指出了行为触犯的法律规范性文件，如违反海关法规、税收法规、规章制度等；其二，除了引用违反的法规外，还对表明行为达到犯罪程度的要件，如“情节严重”、“致人重伤、死亡”、“使公私财产遭受重大损失”、“造成严重后果”作了规定。从这个意义上说，我国刑法的空白罪状都不是纯粹的空白罪状。

空白罪状在我国刑法中占相当的比重，这主要是由它自身的特点所决定的。一方面，空白罪状包容了其他法律、法规的内容，而这些法律、法规对社会发展变化的反应较快，从而使刑法能够适应变化了的现实要求。另一方面，空白罪状仅指明违反某种法律、法规而不对犯罪构成要件作详细地描述。因此，当社会物质生活条件发生某些变化时，只需修订有关法规，而空白罪状则可以以不变应变。空白罪状所固有的这些特点，如包容性、稳定性、超前性，在一定程度上缓解了刑法与动态发展的现实之间的矛盾，并简化了条文，进而确定了自己在刑法中的地位。应当指出，空白罪状的前述特点或优点只有在其所参照的法律法规较为完备的情况下才能充分发挥。否则，这些特点或优点就要大打折扣。

此外，与空白罪状有关的一个问题就是如何理解第 245 条规定。□该条规定：“非法搜查他人身体、住宅，或者非法侵入他人住宅的，处……。”这里法条本身没有直接指出非法搜查、非法侵入等行为触犯的法律和法规。基于此，有人认为“非法”是空白要件(“指某一犯罪构成要件的具体内容取决于另一法律规范”)。理论根据是：1.“在这里‘非法’一词意味着本条文中的搜查和侵入行为并不是任何搜查和侵入行为。在这种情况下，‘非法’一词实际上有着可变的内容，即可能由于刑事诉讼法在这一问题上的变化而有所变化。”2.“空白罪状是在描述某一具体犯罪构成特征时，引用其他法律、法规来作解释与说明，而空白要件是在确定某一具体犯罪构成要件的具体内容时，引用其他法律、法规来解释与说明。”

从我国刑法关于空白罪状规定的特点来看，把“非法”理解为空白要件是正确的、合理的。至于理由方面，我们认为关键在于，“非法”不具有参照其他法律、法规来说明某一犯罪的大部分构成要件的功能。顺便指出，由于立法规定的特点以及理解的不同，国外有的学者把“非法”理解为空白罪状。

此外，还有人提出了混合罪状的概念。认为混合罪状是指在刑法规范中同时用两种或两种以上形式的罪状来描述某一犯罪的构成要件。例如，我国第 340 条规定：“违反保护水产资源法规，在禁渔区、禁渔期或者使用

禁用的工具、方法捕捞水产品，情节严重的……。”本条的前半段指出行为违反的法规，含有空白罪状的结构成分；后半段详尽地描述了实施捕捞的地点、时间、方法、工具、对象及其危害程度，具有叙明罪状的典型特征。两者结合起来同时说明非法捕捞水产品罪的构成要件，因而符合给混合罪状所作的界定。我认为，对于罪状的归类只是对于罪状的粗略的划分。特别是引证罪状和空白罪状，大都是在具有某些描述犯罪构成要件的前提下，加上了引证的条款或者违反的法规，因此，没有必要对此作详细的归纳，指出所谓的引证罪状加叙明罪状，或者空白罪状加叙明罪状等等。

三、法定刑

1．法定刑的概念

法定刑是指刑法分则对各种具体犯罪规定的处刑标准，它包括刑罚种类和刑罚幅度。

法定刑与刑罚是既有密切联系又有区别的两个概念。它们的密切联系在于，作为处刑标准的法定刑，必须以刑罚(包括刑罚种类和刑罚幅度)的先在为条件。它们的区别在于层次和侧重点的不同。作为刑法规定的强制方法的刑罚是在同其他强制方法的比较中来表现自己的属性和存在的，因而是在较高层次上对同类事物的概括。我们使用这一范畴时，其语义侧重于刑罚所具有的不同于其他强制方法的惩罚严厉性。法定刑则与此不同，它是同刑罚内部其他刑种的比较中来显现自己的属性的，因而是在较低层次上对同类事物的概念，其语义侧重于刑罚的法定。

刑法分则中的法定刑具有重要的作用。首先，它是预防犯罪的不可缺少的重要手段。我国的刑罚目的是通过对犯罪适用相应的法定刑得以实现的。其次，法定刑明确地规定了对犯罪可能适用的刑种和刑度，从而为在法定范围内适用刑罚和严格遵循社会主义法制要求提供了保障。

2．法定刑的基本形式

法定刑具有以下四种基本形式：

(一)绝对确定的法定刑，指在条文中只规定单一的、固定的主刑和刑度。这种立法例最初始见于 1791 年《法兰西刑法典》。例如，该刑法典第 7□条规定：“凡在公务员执行其职责时对之实行侵袭的，处 2 年苦役。□”这种法定刑的最大特点是无任何自由裁量的余地。绝对确定的法定刑既是严格意义上的罪刑法定主义的产物，也是对封建社会司法专横反思的结果，因而有其历史必然性和相对的合理性。但是，通过审判实践反馈的信息使立法者认识到严格限制法官的裁量有悖于他的初衷。此外，对于同一种犯罪，不考虑其差异而一律科处完全相同的刑罚，也有失公平。后来，这种立法例逐渐被相对确定的法定刑所取代。

我国现行立法中是否存在绝对确定的法定刑，是一个值得探讨的问题。改革开放以来，一些犯罪行为的社会危害性明显增大，如贪污罪、受贿罪等。为了惩治和预防这些犯罪，立法者对其法定刑的设计体现出新的特点。例如，第 383□条规定：“对犯贪污罪的，根据情节轻重，分别依照下列规定处罚：

个人贪污数额在 10 万元以上的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，可以并处没收财产；情节特别严重的，处死刑，并处没收财产……”这里改变了刑法分则关于法定刑结构的原有设计，将与 10 年以上有期徒刑、无期徒刑处于同一档次的、并列选用的死刑独立出来，并成为情节特别严重的贪污罪的唯一的法定刑。这后者是否属于绝对确定的法定刑?有的同志认为，该规定并未改变法定刑的性质，□它仍属于相对确定的法定刑。这显然是以广义法定刑为标准所作的判断。所谓广义法定刑，是指刑法分则对某种犯罪规定的全部刑种和刑度。例如，抢劫罪规定处“3□年以上 10 年以下有期徒刑”、“10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，可以并处没收财产”，这里包括四个刑种和两个量刑幅度，它们总和起来就是本罪的广义法定刑。如果我们转换视角，从狭义法定刑，即从与某种犯罪的具体情节相适应的刑种和刑度角度看，情节特别严重的贪污的法定刑确实具有绝对确定的性质。狭义法定刑是以法定刑对某种复杂犯罪的适应性不同所作的划分，而且刑法上的一些制度，如追诉时效、空间适用范围、缓刑等都与它有密切的联系。因此，应当正视狭义法定刑的存在和意义。

(二)绝对不确定的法定刑

这是指在刑法条文中对某种犯罪不规定具体刑种和刑度，只笼统地规定应“依法制裁”、“依法追究刑事责任”、“从重处罚”、“从轻处罚”等，至于如何具体处罚，完全由司法机关自由裁量决定。这种“法定刑”，曾散见于我国建国初期法制不健全的情况下颁布的一些法规中，其弊端是显而易见的。

(三)相对确定的法定刑，指在刑法条文中对某种犯罪规定一定的刑种和刑度

这种法定刑的特点在于：一方面，它对具体的刑种和刑度作了硬性规定，从而保证了有法必依和统一用法；另一方面，相对确定的法定刑又有一定的灵活性，即赋予司法机关根据案件的具体情节，在法定幅度内选择适当刑罚的权利。相对确定的法定刑所具有的特点成了各国立法者选择的出发点，并被普遍采纳。

我国刑法中规定的相对确定的法定刑有以下四种表现形式：

1.只规定最高刑罚的法定刑。即刑法分则条文只规定刑罚的最高限度，其最低限度则按刑法总则的相应规定。例如，第 259□条规定：“明知是现役军人的配偶而与之同居或者结婚的，处 3 年以下有期徒刑。”本条规定的法定刑是有期徒刑，□最高限度为 3 年。依照第 40 条规定，有期徒刑的最低限度为 6 个月。因此，破坏军人婚姻罪的法定刑为 3 年以下 6 个月以上有期徒刑。人民法院根据案件具体情节，可以在这一法定幅度内决定适当的刑期。

2.只规定最低刑罚的法定刑。即刑法分则条文只规定刑罚的最低限度，其最高限度则按刑法总则的相应规定。例如，依照第 380 条，□战时拒绝或者故意延误军事订货，造成严重后果的，处 5 年以上有期徒刑。本款规定的法定刑也是有期徒刑，其最低限度为 5 年以上。依照第 40 条规定，有期徒刑的最高限度为 15 年。因此，人民法院在对战时拒绝、故意延误军事订货罪量刑时，应在 5 年以上 15□年以下的幅度内决定适当的刑期，在没有加重处罚的情节时，不得高于 15 年；在没有减轻处罚的情节时，其刑期也不得低于 5 年。

3.同时规定某种刑罚的最低和最高限度的法定刑。例如，第 236 条第 1 款规定：“以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑。□”该款规定的刑种是有期徒刑，其最低限度为 3 年以上，最高限度为 10 年以下。□如无减轻情节，人民法院应对前述犯罪在这一法定幅度内决定适当的刑期。此种形式的法定刑只存在于在刑罚体系中占中心地位的有期徒刑中。

4.规定两种以上主刑或者同时附加规定一种或数种附加刑的法定刑。例如，《刑法》第 119 条规定：“破坏交通工具、交通设备、电力设备、燃气设备、□易燃易爆设备，造成严重后果的，处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。”本条并列规定了可供选择的 3 种主刑，即 10 年以上有期徒刑、无期徒刑和死刑。

(四)援引法定刑，即刑法条文对某些犯罪规定援引其他条款的法定刑处罚

刑法中援引法定刑的数量明显减少，但也不是绝无仅有。例如，第 386 条规定：“犯受贿罪的，根据受贿所得数额及情节，依照本法第 383 条(贪污罪)的规定处罚。”这里对受贿罪应援引第 383 条的法定刑处罚。

被援引其他条款的法定刑处罚的犯罪与其他条款所规定的犯罪在社会危害性质和程度方面通常比较最相类似。援引法定刑的采用，可以使法律条文更加简约。在附属刑法规范中多采用此种形式的法定刑。

多数学者认为，援引法定刑“是相对确定的法定刑的一种表现形式”，并将其归类于相对确定的法定刑。这种归类是以广义法定刑为依据的，即否认我国刑法中存在绝对确定的法定刑。我们认为，从狭义法定刑角度看，我国刑法中有绝对确定的法定刑，前面提到的贪污罪的法定刑就是例证。在可以援引绝对确定的法定刑的情况下，把它简单归类于相对确定的法定刑是不适当的。

I.4.3 法定刑与宣告刑、执行刑

所谓宣告刑，是指人民法院在处理具体刑事案件时，根据犯罪的事实、性质、情节和对社会的危害程序，在规定的刑种和幅度内，对犯罪分子实际判处的刑罚。由于我国刑法采用的是定期刑制度，所以，宣告刑也就是定期刑。

法定刑是宣告刑的基础，宣告刑是法定刑的具体适用。如果法定刑是绝对确定的法定刑，宣告刑则与法定

刑相同；如果法定刑是相对确定的法定刑，两者则有明显的区别。其一，法定刑往往同时包含不同的主刑与量刑幅度，而法院只能择一作为宣告刑。从这一点看，宣告刑是选择后的结果并具有排他性。其二，在一般情况下，宣告刑必须在法定幅度内进行选择，但在个别场合，如遇有加重、减轻或者免刑情节时，宣告刑可以在法定幅度外进行选择或者免予判刑。

执行刑是指人民法院在判决中所确定的应予执行的刑种和刑期。在一人犯一罪的场合，执行刑与宣告刑别无二致，但在一人犯数罪时，执行刑则不等于宣告刑。根据我国刑法关于数罪并罚的规定，遇有一人犯数罪时，人民法院在对各罪分别定罪量刑的基础上，还须确定应执行的刑罚和刑期。除数罪中有被判处死刑或无期徒刑的以外，应在总和刑期以下、数刑中最高刑期以上，酌情决定执行的刑期。自然，在数罪并罚的场合，宣告刑与执行刑是不同的。

思考题：

1.我国刑法分则体系的概念和特点是什么？
2.什么是罪状？有哪些种类？
3.什么是法定刑？有哪些种类？
4.如何理解罪名的概念、特征、种类和确定原则？

参考书目：

1、王作富主编：《刑法》，中国人民大学出版社，1999 年 12 月第 1 版。
2、何秉松主编：《刑法教科书》，中国法制出版社，1997 年 12 月第 1 版。
3、杨春洗、杨敦先主编：《中国刑法论》，北京大学出版社，1998 年月第 2 版。
4、郭立新、杨迎泽主编：《刑法分则适用疑难问题解》，中国检察出版社，2000 年 1 月第 1 版。
5、刘亚平编著：《刑法分则案例教程》，中国政法大学出版社，1999 年 8 月第 1 版。
6、陈兴良、曲新久著：《案例刑法教程》，中国政法大学出版社，1994 年 5 月第 1 版。
7、黄京平主编：《以案说法》（刑法篇），中国人民大学出版社，1998 年 5 月第 1 版。

第十三章　危害公共安全罪

教学目的与要求：让学生全面掌握本章重点罪的概念、构成特征和相近罪的区别。让学生一般了解本章其它罪。

教学重点：放火罪；以危险方法危害公共安全罪；组织、领导、参加恐怖组织罪；劫持航空器罪；交通肇事罪；重大责任事故罪。放火罪与以放火的方法实施的故意杀人等其它罪的界限；重大责任事故罪和破坏生产经营罪的界限。

教学难点：以危险方法危害公共安全罪；交通肇事罪。

教学方法：讲授

学　时：4 学时（第 8、9 周）

第一节　危害公共安全罪概述

一、危害公共安全罪的概念

危害公共安全罪，是指故意或者过失危害不特定多人的生命、健康、重大公私财产以及社会生产、工作、生活安全的行为。

二、危害公共安全罪的特征

危害公共安全罪，是刑法分则规定的除危害国家安全罪以外的社会危害性最大的一类犯罪，其犯罪构成如下：

（一）这类犯罪的主体，多数是一般主体，只有少数几个犯罪是特殊主体。例如，重大责任事故罪，一般由工厂、矿山、林场、建筑企业或者其他企业、事业单位的职工构成；丢失枪支不报罪只能由依法配备公务用枪的人员构成。一部分犯罪只能由自然人构成，如组织、领导、参加恐怖活动组织罪等；一部分犯罪只能由单位构成，如违规制造、销售枪支罪等；一部分犯罪既可由自然人构成，又可由单位构成，例如非法买卖、运输核材料罪等。

（二）客体是社会公共安全，即不特定多人的生命、健康、重大公私财产以及社会生产、工作、生活的安全。所谓“不特定”是指犯罪行为不是针对某一个、某几个特定的人或者某项特定具体财产的，它的实际危害后果的严重性和广泛性，犯罪分子往往也难以预料和控制。危害公共安全罪的这一特点，是它与其他各类犯罪相区别的一个重要标志。从犯罪后果的性质上看，侵犯人身权利罪、侵犯财产罪等中的一些犯罪和危害公共安全罪一样，往往造成人身伤亡或者公私财产的重大损失，但二者的性质不同，其主要区别在于：前者指向的客体通常是特定个人的人身权利及特定公私财产权利，其可能遭受的损害是有限度的；后者侵害的是不特定多人的人身及重大公私财产的安全，其可能遭受损害的严重性和广泛性是难以预料和控制的。“不特定”这一特点还表明：行为人虽然使用放火、投毒、爆炸等通常属于危害公共安全的危险方法实施犯罪，但其侵害的对象是特定的，其可能造成的破坏是被限制在一定的范围之内的，有限度的，不危及也不可能危及公共安全的，不宜定危害公共安全的犯罪，而应根据具体情况，构成什么罪就定什么罪。例如，李某欲杀其夫，在其夫带去工地食用的馒头内放上毒药，致其夫中毒身亡，对李某应定故意杀人罪，而不应定投毒罪。

对于危害公共安全罪的“不特定”这一特点的理解不能绝对化，不能因强调这一特点而一概排斥这类犯罪行为在客观上可能指向一定的目标，在主观上可能有一定的数量和范围的估量的少数例外情况，不能认为在客观上行为指向一定的目标，在主观上有相对确定的数量、范围估量的，就一定不能构成危害公共安全罪，而只能构成其他罪，如侵犯公民人身权利罪、侵犯财产罪等。这是因为：危害公共安全罪侵犯对象、范围的不特定性，与这类犯罪行为在客观上指向一定的目标，在主观上对行为可能引起的危害后果的概括性估量，是两个不同的概念，不能互相取代，互相排斥。排斥它，就无法科学地解释刑法为什么把某种危害社会行为，如破坏交通工具行为规定为危害公共安全的犯罪。在审判实践中，即使行为是为追求某种特定犯罪目的，针对某一个、某几个特定的人或某项特定的财产而实施某种危害社会的行为，但这种行为危害了公共安全，造成不特定多人的伤亡或公私财产的重大损失，通常定危害公共安全的犯罪。例如，某男青年欲杀害多次拒绝其求爱的姑娘，乘该姑娘在广场看电影之机，将一枚自制的炸弹放在她坐的板凳下，点燃导火索，炸伤了那位姑娘和多名电影观众。此案应定爆炸罪，而不应定故意杀人罪（未遂）。侵害对象的不特定性，并不是危害公共安全罪独具的特点，在刑法中，也有其他一些犯罪，如生产、销售假药罪、生产、销售有毒、有害食品罪等，危害的对象也是不特定的。如果将“不特定”绝对化，视为唯有危害公共安全罪才具有的特点，就会混淆危害公共安全罪和其他犯罪的界限。

（三)这类犯罪的主观方面，一部分犯罪只能由故意构成，如非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物罪；一部分犯罪只能由过失构成，如交通肇事罪、重大责任事故罪等；一部分犯罪既可以由故意又可以由过失构成，例如破坏交通工具的犯罪、破坏交通设施的犯罪等。

（四)客观方面表现为实施危害公共安全的行为。□危害公共安全行为的表现形式是多种多样的，概括起来，就是第 114 条至第 139 条规定的各种犯罪行为，如放火、决水、投毒、爆炸、破坏交通运输工具、破坏交通运输设施、破坏电力、燃气或者其他易燃易爆设备等。这些犯罪行为，或由于使用危险的方法，或由于侵害的对象同公共安全紧密相关连，或由于发生在特殊的场合、环境，使其具有危害公共安全的性质，一经实施，就可能造成不特定多人的伤亡、公私财产的重大损失以及社会正常生产、工作、生活秩序的严重破坏。例如放火，一把火点起来，可以使成千万上亿元的财富化为灰烬，可以使成千上万人无家可归，可以致多人伤亡。需要强调的是，这是就这类犯罪行为的本质属性而言的，不能理解为只有造成上述严重危害后果才构成危害公共安全罪。从犯罪构成的角度看，其中有些犯罪，只要实施法律规定的行为，并具有足以发生某种严重后果的危险性，就构成犯罪既遂。如果实际造成严重后果，即构成该罪的结果加重犯。如破坏交通工具罪、破坏交通设施罪等。过失犯罪，必须造成法定的严重后果，才构成犯罪。

我国刑法规定的危害公共安全罪，共有 26 个条文，44 个罪名。

第二节　危害公共安全罪分述

一、重点罪

（一）放火罪

1．定义

放火罪，是指故意放火焚烧公私财物，危害公共安全的行为。

2．特征

（1）主体是自然人一般主体。由于放火罪的社会危害性很大，□放火是一种违法犯罪行为，很容易被人理解，所以，第 17 条第 2 款规定，已满 14 周岁不满 16□周岁的人犯放火罪，应当负刑事责任。

（2）客体是公共安全，即不特定多人的生命、健康与重大公私财产的安全。也就是说，放火行为一经实施，就可能造成不特定多数人的伤亡或者使不特定的公私财产遭受难以预料的重大损失。这种犯罪后果的严重性和广泛性往往是难以预料的，甚至是行为人自己也难以控制的。这也是放火罪同以放火方法实施的故意杀人、故意毁坏公私财物罪的本质区别。因此，可以说，并非所有的用放火方法实施的犯罪行为都构成放火罪，关键是要看放火行为是否足以危害公共安全。如果行为人实施放火行为，而将火势有效地控制在较小的范围内，没有危害也不足以危害不特定多数人的生命、健康和重大公私财产的安全，就不构成放火罪，而应根据案件具体情节，定故意毁坏公私财物罪或故意杀人罪、故意伤害罪等。

本罪侵犯的对象，主要是公私建筑物或者是其他公私财物。实施的对象包括工厂、矿山、油田、港口、仓库、住宅、森林、农场、牧场、重要管道、公共建筑物或者其他公私财物。这里所说的其他公私财物是指上述公私财物以外的，但性质与其相似的，比较重大的公私财物，而不是指上述公私财物以外的一切公私财物。因为只有燃烧这些公私财物，方可能危及公共安全。如果放火行为侵害的只是某一较小的财物，例如烧几件衣物、一件小家具、小农具等价值不大的公私财物，不构成放火罪。如果行为人放火烧毁自己或家庭所有的房屋或其他财物，足以引起火灾，危害公共安全的，也应以放火罪论处。但是，如果行为人放火焚毁自己的房屋或其他财物，确实不足以危害公共安全的，则不构成放火罪。

（3）主观方面是故意，包括直接故意和间接故意。出于何种故意形式，□都不影响本罪的成立。放火的动机是多种多样的，如泄愤报复、嫁祸于人、湮灭罪迹等，不论基于何种动机，也都不影响本罪的成立。

（4）客观方面表现为实施放火焚烧公私财物，危害公共安全的行为。所谓放火，就是故意引起公私财物燃烧的行为。放火的行为方式，可以是作为，即用各种引火物，直接把公私财物点燃；也可以是不作为，即故意不履行自己防止火灾发生的义务，放任火灾的发生。例如，某电气维修工人，发现其负责维护的电气设备已经损坏，可能引起火灾，而他不加维修，放任火灾的发生。达就是以不作为的方式实施的放火行为。

以作为方式实施的放火行为，必须具备三个条件：一是要有火种；二是要有目的物，即要烧毁的财物；三是要让火种与目的物接触。在这三个条件已经具备的情况下，行为人使火种开始起火，就是放火行为的实行；目的物一旦着火，即使将火种撤离或者扑灭，目的物仍可独立继续燃烧，放火行为就被视为实行终了。

以不作为的方式实施的放火罪，行为人必须负有防止火灾发生的特定义务，而且能够履行这种特定义务而不履行，以致发生火灾。其特点，一一是行为人必须是负有特定作为义务的人；二是根据主客观条件，行为人有能力履行这种特定的作为义务；三是行为人客观上必须有不履行这种特定作为义务的薄实。从义务的来源看，一是法律所规定的义务，二是职务或业务上所要求的义务，如油区防火员就负有消除火灾隐患，防止火灾发生的义务；三是行为人的先前行为所引起的义务，如行为人随手把烟头丢在窗帘上，引起窗帘着火，行为人就负有扑灭窗帘着火燃烧的义务。从司法实践来看，行为人的特定义务，主要是后两种情况。

有些放火案件，从表面上看，是燃烧衣物、家具、农具等价值较小的财物，实际上是以衣服、家具、农具等作为引火物，意图通过燃烧衣物、家具、农具等引起上述重大公私财物的燃烧。这种情况应以放火罪论处。因此，在认定放火罪时，要注意发火物、引火物和目的物即放火行为的侵害对象的区分。

放火行为必须足以危害公共安全。如果虽然实施了放火行为，但从放火焚烧的对象、时间、地点、环境等方面考察，确实不足以危害公共安全、不存在危害公共安全的危险性，不构成放火罪。如果情节严重，需要刑罚处罚的，构成什么罪就定什么罪。

3．认定

（1）放火罪的既遂与未遂的界限

放火犯通常以烧毁目的物为犯罪目的。但是，判断放火罪的既遂与未遂，不应以犯罪目的是否达到为标准，而应以行为是否符合刑法规定的放火罪的全部构成要件为标准。我国刑法对于放火罪的规定有两个条文，即第114条和第115条。第114条是对放火罪的基本犯罪构成的规定，第115条是对放火罪的特别犯罪构成的规定。

认定犯罪的既遂、未遂应以基本犯罪构成要件为标准。根据第 114 条的规定，只要实施了放火行为，点着了目的物，引起目的物燃烧，□使目的物有被焚毁的危险，即使由于意志以外的原因，目的物未被焚毁，没有造成严重后果，也构成放火罪的既遂。如果是正要点火，就被人抓获，或者刚点着引火物，就被大雨浇灭等，应被认为是放火罪的未遂。

（2）放火罪与用放火的方法实施的犯罪的界限

我国刑法中规定的许多犯罪，例如故意杀人、故意伤害、决水、破坏交通工具、破坏交通设施、故意毁坏公私财物、破坏生产经营等，都可以放火的方法实施，因此，必须区分放火罪与用放火的方法实施的犯罪的界限。要正确区分二者的界限，必须对案件进行全面、具体的分析。首先考察其侵犯的客体。如果侵犯的是公共安全，则可能构成放火罪；如果侵犯的是某种具体的、特定的利益，如人的生命等，则可能构成其他罪。其次，考察行为人主观故意的内容。如果是为了危害不特定多人的生命、健康或者重大公私财产安全，则可能构成放火罪；如果是为了侵害某一具体、特定的利益，如破坏生产经营等，则可能构成其他罪。第三，考察行为的直接指向，即行为对象。如果行为对象是不特定的，可能构成放火罪；如果行为对象是特定的，则可能构成其他罪。例如用放火的方法破坏交通工具，虽然也危害了公共安全，但其行为是直接指向具体的交通工具的，因此应定破坏交通工具罪。总之，要结合具体案件，运用犯罪构成理论进行全面、综合的分析。

4．处罚

第 114 条规定，放火尚未造成严重后果的，处 3 年以上 10□年以下有期徒刑；□第 115 条规定，放火致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处 10□年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。

故意放火致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失。这种特殊犯罪构成虽不改变放火罪的性质，但加大了放火罪的社会危害性，加重了行为人的刑事责任，所以，刑法理论上有的称之为结果加重。致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失，包括放火行为直接引起他人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失，也包括为救人、救物、扑灭火灾而造成的重伤、死亡或者使公私财产遭受损失。有一种观点认为，所谓致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失，指的是放火行为直接引起的，冲进正在燃烧的仓库、住宅、森林等之内救人、救物、灭火等而造成重伤、死亡的或者使公私财产遭受损失的，不应认为是放火罪所指的致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失。这种观点是不适当的，不利于与放火罪作斗争的。

（二）以危险方法危害公共安全罪

1．定义

以危险方法危害公共安全罪，是指故意使用放火、决水、爆炸、投毒以外的危险方法危害公共安全的行为。

2．特征

（1）主体是自然人一般主体。□虽然故意以其他危险方法危害公共安全罪与放火罪、决水罪、爆炸罪、投毒罪规定在同一条文中，法定刑相同，但第 17 条第 2□款只规定已满 14 周岁不满□16 周岁的人，犯放火罪、爆炸罪、投毒罪的，应当负刑事责任，而未规定犯故意以其他危险方法危害公共安全罪的也应负刑事责任。根据第 3 条规定的罪刑法定原则，已满 14 周岁不满 16 周岁的人不能成为本罪主体。

（2）客体是公共安全，即不特定多数人的生命、健康或者大量公私财产的安全。如果行为人用危险方法侵害了特定的对象，不危及公共安全，对不特定多数人的生命、健康或大量公私财产的安全并无威胁，就不构成本罪。

（3）主观方面是故意，即行为人明知其实施的危险方法会危害公共安全，会发生危及不特定多数人的生命、健康或公私财产安全的严重后果，并且希望或者放任这种结果发生。实践中这种案件除少数对危害公共安全的后果持希望态度，由直接故意构成外，大多持放任态度，属于间接故意。

实施这种犯罪的目的和动机多种多样。如为报复泄愤而驾驶汽车向人群冲撞，为防盗而私架电网等。不论行为人出于直接故意或间接故意，基于何种个人目的和动机，都不影响本罪的成立。

（4）客观方面表现为以其他危险方法危害公共安全的行为。□所谓其他危险方法，是指放火、决水、爆炸、投毒 4 种危险方法以外的，一切与放火、决水、爆炸、投毒的危险性质相当的，一经实施，能够同时造成不特定多人死伤或者使公私财产遭受重大损失的危险方法，如散布病菌，破坏放射性装置，在公共场所驾驶汽车、拖拉机撞人，破坏矿井通风设备，非法架设电网，等等。故意以其他危险方法危害公共安全的犯罪，与放火罪等一样，都是社会危害性很大的严重犯罪，因此，必须严格“其他危险方法”的标准，不能作无限制的解释，任意扩大“其他危险方法”的适用范围。

其他危险方法是多种多样的。对于以其他危险方法危害公共安全的行为如何确定罪名，刑法没有统一规定，刑法理论和司法实践历来有不同意见：一种意见主张根据其实际使用的危险方法具体确定罪名，例如，在公共场所，以驾车撞人的危险方法，危害公共安全，致人伤亡的，定“以驾车撞人的危险方法危害公共安全罪”。另一种意见主张概括地确定为“以其他危险方法危害公共安全罪”。按前一种意见定罪，虽更能反映具体案件的特点，有利于把握案件的性质，但使罪名处于不稳定状态，不利于贯彻罪刑法定原则，按后一种意见确定罪名，虽然比较概括、抽象，但反映了这种犯罪的本质，可使罪名处于稳定状态。

3．认定

（1）以危险方法危害公共安全的犯罪，既然属于危害公共安全罪，在认定这种犯罪时，就必须严格掌握构成危害公共安全罪的特定要件，不能盲目扩大解释，也不能任意缩小其范围，混淆罪与非罪、此罪与彼罪的界限，导致定罪不准，量刑不当。

（2）区分以危险方法危害公共安全罪、故意杀人罪、故意伤害罪以及故意毁坏财物罪的界限。区别两者的标准是看使用危险方法实施犯罪，是否足以危害公共安全。如果犯罪分子使用的危险方法，杀人、伤人或毁坏公私财物，其行为足以危害公共安全的，就构成以危险方法危害公共安全罪；如果其行为不足以危害公共安全的，应当依照本法第 232 条、234 条、275 条的规定，分别以故意杀人罪、故意伤害罪、故意毁坏财物罪论处。

4．处罚

第 114 条和第 115 条规定，犯以危险方法危害公共安全罪，尚未造成严重后果的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑；致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。

（三）组织、领导、参加恐怖组织罪

1.定义

组织、领导、参加恐怖组织罪，是指组织、领导、或者参加恐怖活动组织，危害公共安全的行为。

2．特征

（1）主体为一般主体，即凡达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的人均可构成本罪。

（2）客体要件本罪侵犯的客体为公共安全，即不特定多数人的生命、健康和财产安全。行为对象可以是本国公民，也可以是外国人。恐怖活动组织，是指以实施杀人、爆炸、绑架等恐怖活动为目的的犯罪组织。近年来，受西方暴力、凶杀影片和封建行帮、江湖义气思潮的影响，恐怖犯罪活动在我国有所抬头。一些犯罪分子拉帮给伙、歃血为盟，称霸一方，制造杀人、爆炸、绑架事件，便当地人民群众的生命财产安全受到严重威胁，人们经常处于一种没有安全感的心理状态，严重影响了社会治安。

（3）主观要件本罪在主观方面表现为直接故意，并且具有进行恐怖活动的目的，即行为人以长期实行某种或某几种恐怖犯罪活动为目的，明知组织、领导恐怖组织是危害公共安全的犯罪行为，却仍然故意组织、领导；或者明知是恐怖组织而积极参加或参加。组织、领导、参加恐怖组织罪犯罪行为人的动机是多种多样的，有的是为了报复社会，有的是出于某种政治目的，有的是为了图财贪利，还有的是人格变态等。无论犯罪行为人出于何种动机，均不影响本罪的成立。

（4）客观要件本罪在客观方面表现为组织、领导、积极参加和参加恐怖组织活动。

组织，是指行为人首倡、鼓动、发起、召集有实行恐怖活动目的的人结合成一个恐怖活动组织的行为。领

导，是指恐怖组织成立以后，恐怖组织的领导者所实施的策划、指挥、布置、协调恐怖组织活动的行为。积极参加，是指自愿加入恐怖组织，并且积极参加谋划、实施恐怖活动。其他参加，是指行为人虽然不是恐怖组织的组织者、领导者或积极参加者，却经过一定方式，加入了恐怖组织，成为了恐怖组织的一名成员。恐怖组织由于其规模大小、组织严密程度不同，故而参加这些恐怖组织的方式也不同，有的是口头方式，有的是书面方式，有的要通过一定的手续，甚至还要举行一定的仪式。但无论采取何种方式参加的，只要实际加入，就是参加。

恐怖组织，是指三人以上为了长期、有计划地实施恐怖活动而建立起来的犯罪组织，是犯罪集团的一种。构成恐怖组织必须具备以下特征：(1)主体必须是三人以上，这是恐怖组织在人数上的最低限度。实践中，恐怖组织的人员少则几十人，多则几百人、上千人，规模大小不等。(2)恐怖组织必须以实施恐怖活动为目的。恐怖组织成立以后，以实施各种各样的恐怖活动为目的，极大危害公共安全。(3)恐怖组织具有严密的组织性。其成员固定且内部存在着领导与被领导的关系，有组织者、领导者，有骨干分子，还有一般成员，各司其职。等级森严、纪律严密，有一套成文或不成文的律规，组织性非常强。(4)恐怖组织具有一定的稳定性。即恐怖组织自建立以后，在较长时间内反复多次进行恐怖活动，其实施完一次恐怖活动后，恐怖组织不是被解散了，而是继续存在，继续实施新的恐怖活动。(5)恐怖组织具有极大的社会危害性和危险性。它既不同于盗窃、走私、贩毒等犯罪集团，也不同于某些间谍、特务组织，它是犯罪集团中危害最大的犯罪组织之一。

本罪是选择性罪名，行为人只要实施了组织、领导、积极参加或者参加恐怖组织行为之一者，便成立本罪。行为人实施两个或两个以上的行为，比如既组织又领导恐怖组织的，也只成立本罪一罪，不实行数罪并罚。并且，该组织事实上是否开始实施恐怖活动如杀人、爆炸、绑架等，不影响本罪的成立。但是，行为人如果组织、领导、参加恐怖组织后又实施了杀人、爆炸、绑架等恐怖活动犯罪的，则应将组织、领导、参加恐怖组织罪与其他相关的犯罪实行数罪并罚。

3.认定

(1)本罪与非罪的界限

本罪为故意犯罪，参加恐怖活动组织是出于故意，□即使是被胁迫参加恐怖活动组织，也明知是恐怖活动组织而参加的。如果是由于受蒙骗，完全不知其为恐怖活动组织而参加的，即不构成本罪。

(2)本罪既遂与未遂的界限

本罪不以恐怖组织成立后又实施杀人、□放火等恐怖活动为构成要件，只要实施了组织、领导、参加恐怖组织的行为，就构成本罪的既遂，即本罪的完成形态。如果组织、领导、参加恐怖组织以后又实施杀人、放火等犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。

(3)本罪与组织、领导、参加黑社会性质组织罪的界限

组织、领导、参加黑社会性质组织罪，是指组织、领导、参加以暴力、胁迫或者其他手段，有组织地进行违法犯罪活动，称霸一方，为非作恶，欺压、残害群众，严重破坏经济、社会生活秩序的黑社会性质的组织的行为。两罪在客观方面的行为方式非常相近，恐怖组织与黑社会性质组织都是犯罪组织，并且在人员构成、犯罪方式、活动形式等方面也非常相似。但两者有着显著区别：(1)类罪名不同。组织、领导、参加恐怖组织罪是危害公共安全的犯罪；而组织、领导、参加黑社会性质组织罪是破坏社会管理秩序的犯罪。(2)组织、领导、参加的犯罪组织不同。恐怖组织一般政治色彩较浓，具有一定的政治目的；黑社会性质组织更多是为了追求非法的经济利益，主要构成对经济、社会生活秩序的严重破坏。

4．处罚

第 120 条规定，组织、领导和积极参加恐怖活动组织的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑;其他参加的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制。

(四)劫持航空器罪

1．定义

劫持航空器罪，是指以暴力、胁迫或者其他方法劫持航空器的行为。

2.特征

（1）主体主体为一般主体。凡达到刑事责任年龄，具备刑事责任能力的人均可成为本罪主体。既可以由中国人构成，也可以由外国人或无国籍人构成。例如，外国人劫持飞机进人中国境内，也构成劫持航空器罪。应当指出的是，根据有关国际公约的原则立场和基本精神以及法的规定，凡劫持我国的航空器进入他国的，我国仍对该犯罪分子具有追究刑事责任的管辖权，有关国家的司法当局应根据有关国际公约的引渡条款予以配合。

（2）客体是复杂客体，既危害了旅客人身、财产以及航空器的安全，也破坏了正常的航空运输秩序，但主要是前者。

随着航空事业的发展，劫持航空器的犯罪时有发生，己严重危及航空安全。在联合国及国际民航组织和世界各国的共同努力下，先后制定了三个关于反对空中劫持的国际公约，即 1963 年 9 月 14 日在东京签订的《关于航空器内的犯罪和其他某些行为的公约》(简称《东京公约》)、1970 年 12 月 16 日在海牙通过的《关于制止非法劫持航空器的公约》(简称《海牙公约》)、1971 年 9 月 23 日在蒙利特尔通过的《关于制止危害民用航空安全非法行为的公约》(简称《蒙特利尔公约》)。我国于 1978 年加入了《东京公约》,尔后又于 1980 年加入了《海牙公约》和《蒙特利尔公约》。1992 年 12 月 28 日全国人大常委会专门通过了《关于惩治劫持航空器犯罪分子的决定》,该决定是严厉打击劫持航空器的犯罪分子，保护旅客人身、财产以及航空器的安全，维护正常的民用航空秩序，促进我国民航事业的发展的一项重要法律。

本罪侵犯的对象必须是使用中的航空器。《东京公约》、《海月公约》中规定的都是在飞行中的航空器。所谓在飞行中是指航空器在装载结束，机舱外部各门均已关闭时起，直到打开任一机门以便卸载时为止的任何时间；而如果飞机是强迫降落的，则在主管当局接管该航空器及其所载人员和财产以前。《蒙特利尔公约》扩大了罪行的范围，它不仅包括在飞行中，而且包括在使用中的航空器内所犯罪行。而所谓使用中是指从地面人员或机组对某一特定飞行器开始进行飞行前准备起，直到降落后 24 小时止。因此，我们不能狭义地把本罪的侵犯对象理解为飞行中的航空器。

（3）主观方面表现为故意犯罪，但对犯罪目的没有要求，行为人劫持航空器，不论出于何种目的，都不影响本罪的成立。这一点是有关国际公约确认并为包括我国在内的所有缔约国承诺的。因此，对于那些以政治避难为名而劫持飞机的，亦应依法追诉。

（4）客观方面表现为以暴力、胁迫或者其他方法劫持航空器的行为。首先，犯罪对象是航空器。如何理解航空器，立法中并未明确区分民用航空器与国家航空器。我们认为，根据《东京公约》、《海牙公约》和《蒙特利尔公约》关于本公约不适用于供军事、海关或警用的航空器的规定，只能是指正在飞行中的民用航空器。因此，非民用航空器（即国家航空器）即使被劫持的，按照国际公约规定，属于国内犯罪，不应构成作为国际犯罪的劫持航空器罪，可作其他犯罪处理。对于劫持非民用航空器，即使作为国内犯罪，应按照本条定罪处刑。

其次，必须以暴力、胁迫或者其他方法劫持航空器。暴力，是指直接对航空器实施暴力袭击或者对被害人采用危害人身安全和人身自由的行为，便其丧失反抗能力或者不能反抗的身体强制方法。如劫机分子携带匕首、枪支、炸药、雷管、引爆装置等对旅客和机组人员（包括驾驶员、副驾驶员、领航员、报务员、机械员、通讯员、乘务长、空中小姐，进行捆绑、殴打、杀死、伤、爆炸等。胁迫是指以暴力为内容进行精神胁迫使被害人不敢反抗的精神强制方法。如劫机犯向机组人员或乘客喊谁动就打死谁、动就宰了你、动就马上引爆等。其他方法，是指除暴力、胁迫以外的其他使被害人不能反抗或不敢反抗的强制方法。劫持是指犯罪人按照自己的意志非法强行劫夺或控制航空器的行为。如改变航空器的飞行路线或着陆地点等。劫持航空器的行为，一经实施，即构成本罪；行为人是否实际控制了航空器，并不影响犯罪成立。

3.认定

（1）劫持航空器罪的既遂与未遂

区分本罪的既遂与未遂，关键的是合理确定区分标准。关于这个问题，刑法学界存在着以下不同意见：I.着手说。认为劫持航空器的犯罪属于行为犯，只要行为人一开始着手实施劫持行为，无论该行为持续时间长短，无论把航空器劫持到哪里，均构成劫持航空器罪的既遂。只有在特殊情况下，如罪犯已将犯罪工具带入航空器内，在准备开始着手实施劫持行为就被抓获，因而未能实施劫持行为的，才构成该罪的未遂。2.目的说。认为犯罪人劫持航空器的目的一般是要外逃，因此，行为人在着手实施劫持行为后，把航空器劫持到了他指定的地点，劫机外逃取得了成功，才算该罪的既遂；如果未能使航空器劫持到预定的降落地，就是该罪的未遂。3.离境说。认为行为人着手实施劫持行为后，被劫持的航空器飞出了本国的领域以外，即飞出了国境线的，构成该罪的犯罪既遂；否则就是未遂。4.控制说。认为行为人着手实施劫持行为后，已经实际控制了该航空器的，为该罪的既遂，未能控制该航空器的，为未遂。

控制说较为合理：首先，控制说的主张符合国际和国内立法的精神。《海牙公约》第1条明确规定：在飞行中的航空器内的任何人，如果用暴力或用暴力威胁，或采用任何其他恐吓方式，非法劫持或控制该航空器，或企图采取任何这种行为，或是犯有或企图犯有任何这种行为的人的从犯，都是犯了作为公约的对象的犯罪。依据公约规定，国际法是将劫持航空器的犯罪划分为罪犯和嫌疑犯两种的。而嫌疑犯是一种犯罪性质不确定的人犯，其中包括劫持航空器的预备犯和未遂犯，也包含在航空器内构成其他犯罪的罪犯，且不论是罪犯或嫌疑犯都存在着共同犯罪形式。显然，国际公约是以犯罪分子是否劫持或控制该航空器作为既遂与未遂标准的，而不是以犯罪分子的犯罪目的是否达到或被劫持的航空器是否飞出国境线作为标准的。本条也明确规定：以暴力、胁迫或其他方法劫持航空器的构成劫持航空器罪。因此，犯罪分子在着手实施劫持行为，并已达到非法劫持或控制该航空器的程度，就具备了犯罪构成的全部要件，应是劫持航空器罪的犯罪既遂；如果犯罪分子在着手实施劫持行为后，因其意志以外的原因未能达到非法劫持或控制该航空器的程度，就应认定为未完成犯罪而构成本罪的未遂。其次，采用控制说为划分既遂与未遂的标准，更能反映劫持航空器罪的本质特征。国际公约中规定的危害民用航空安全的犯罪，不仅包括非法劫持航空器的犯罪，而且包括其他危害民用航空安全的犯罪。其他危害民用航空器安全的犯罪，虽然也危及了飞行的安全，但却不完全有其非法劫持的性质。而犯罪分子一旦实施了劫持行为，并实际控制了被劫持的航空器，就对该航空器以及旅客生命、财产安全以及公共安全造成了实际的威胁或破坏，这也正是劫持航空器罪的本质特征所在。因此，将犯罪人实际控制该航空器作为犯罪既遂的标准挺合适的。至于着手说、目的说或离境说，作为划分本罪既遂与未遂的标准，不符合法律的规定和本罪的本质特征，因此是不可取的。

（2）本罪与其他危害民用航空安全犯罪的界限

根据有关国际公约的规定，危害民用航空安全或秩序的犯罪包括三类，一类是空中劫持罪，又称非法劫持航空器罪、劫机罪，与我国的劫持航空器罪相同。该罪是在 1963 年的《东京公约》规定的犯罪。二是危害国际民用航空安全罪。就一般意义而言，劫持本身也是一种危害民用航空安全的犯罪，但是鉴于空中劫持的严重性，1970 年的《海牙公约》已将其规定为一种独立的国际犯罪。所以，危害民用航空安全罪，实际上是除劫持航空器以外的其他危害国际民用航空安全的行为。根据《蒙特利尔公约》及其议定书的规定，危害国际民用航空安全罪在客观上包括下列犯罪行为，I.对飞行中的航空器内的人实施可能危及航空器安全的暴力行为；2.破坏或损坏使用中的航空器而使其不能飞行或危及其飞行安全的行为；3.在使用中的航空器内放置具有破坏或损坏该航空器而使其无法飞行或危及飞行安全的行为；4.破坏或损坏航行设备或妨碍其操作以至危及飞行中的航空器安全的行为；5.在国际机场上实施足以危害民用航空安全的暴力行为；6.传送明知虚假的、可能危及飞行中的航空器安全的情报的行为；7.上述行为的未遂行为；8.教唆、共谋或帮助上述犯罪的行为。三是妨害国际航空罪，即指除前两类罪以外的其他破坏国际航空秩序的犯罪行为，诸如在飞行中的航空器内实施还尚不至危及到该航空器安全的暴力（谋杀行为、伤害行为、绑架、劫持人质）的行为，严重妨害机组人员正常活动的行为等。这

类犯罪，虽然不直接危及到航空器的安全，但是也直接破坏了国际民用航空的正常秩序，因而也是一种破坏国际民用航空秩序的犯罪。

我国的劫持航空器罪与上述第一种犯罪相同，而不包括后两类犯罪。那么出现了后两类犯罪行为后如何处理？我们认为，对于不是出于劫持的目的，故意或过失损坏使用中的航空器或航行设备，以致航空器不能飞行或可能危及飞行安全的，应分别适用新刑法第 116 条、117 条的破坏交通工具罪和破坏交通设施罪，而不宜认定为劫持航空器罪。对于出于非法占有为目的，在飞行航空器内以暴力或以暴力相威胁手段抢劫财物的，不论是否致人重伤、死亡，因航空交通的特殊情形，都可能危及飞行安全，因此，应认定为抢劫罪，并适用法第 263 条第 1 款第 2 项之规定从重处罚。

（3）本罪的管辖权问题

1987 年 6 月 23 日全国人大常委会通过《关于对中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行行使刑事管辖权的决定》规定：对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行，中华人民共和国在所承担条约义务的范围内，行使刑事管辖权。我国刑法第 9 条规定：对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行，中华人民共和国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权的，适用本法。

我国先后加入了《东京公约》、《海牙公约》和《蒙特利尔公约》。《东京公约》的规定主要是以所谓旗帜法为依据的，也就是说，管辖权由航空器登记国行使。但《海牙公约》、《蒙特利尔公约》均规定了普遍管辖原则，要求缔约国对公约规定的罪犯或起诉或引渡。

普遍管辖原则，亦称世界主义原则，是指对于某些危及人类安全的国际犯罪，不论犯罪人国籍如何以及犯罪地何在，也不论侵犯了何国利益，世界各国均对其具有管辖权。对于劫持航空器罪，我国及其他各缔约国均可以根据国际公约规定，不论犯罪行为或者犯罪结果发生在何地，也不论犯罪人国籍如何，只要犯罪人在本国境内，就可以对其行使刑事司法管辖权，并依照本国法律予以惩治。应当强调的是，根据三个国际公约规定的原则和基本精神及我国刑法规定，凡劫持我国航空器进入他国的，我国仍对犯罪分子具有刑事司法管辖权，有关国际或地区的司法当局应根据有关国际公约的引渡条款予以配合。

所以，对于本罪的罪犯，在下列情形下，我国有权行使管辖权，（1）在我国登记的航空器内犯本罪；（2）在里面发生犯罪的航空器，在我国领土上降落而嫌疑犯还在该航空器内，（3）在租来时不带机组的航空器内犯有罪行而租机人在我国有主要营业地，或无主要营业地而有永久住所。我国对罪犯实施管辖权，就应依照我国刑法的有关规定予以惩处，即根据本条规定定罪量刑。根据上述公约，即便不属于前述的三种情形，如果犯本罪的嫌疑犯进入我国境内，我国不予引渡时，也应行使管辖权，依我国刑法的有关规定予以惩处。

4．处罚

第 121 条规定，犯劫持航空器罪的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑；□致人重伤、死亡或者使航空器遭受严重破坏的，处死刑。对于劫持航空器的犯罪分子，本条设置了 2 个量刑档次，即分别情节一般和情节特别严重不同情况予以分别处罚：其一，情节一般的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑；其二，致人重伤、死亡或者使航空器遭受严重破坏或者情节特别严重的，处死刑。

从本条规定可以看出，对劫持航空器罪的处罚总体上体现了重罚精神，具体说主要体现在两个方面：一是将最低刑期规定为 10 年，也就是说只要实施了劫持航空器的行为，无论是否造成后果，最低都将被判处 10 年有期徒刑（除了具有刑法总则规定的减轻、免除处罚情节的），这在我国的刑罚体例中是少见的。二是劫持航空器造成严重后果的，只规定了死刑一个刑种，没有丝毫的选择余地。我们认为，对于劫持航空器的行为予以重罚，符合罪刑相适应的基本原则，作为惩戒这种犯罪的手段和实现对犯罪后果的某种补偿是十分必要的。

需要指出的是，情节轻重是依法惩治劫持航空器犯罪分子的重要依据，认定情节轻重，应从犯罪的动机和目的，劫持的具体行为方式，所造成的危害后果等方面进行全面的分析认定。应处死刑的劫持航空器行为，除了致人重伤、死亡或者使航空器遭受严重破坏的以外，还有情节特别严重的。所谓情节特别严重，主要是指虽

末造成致人重伤，死亡或者使航空器遭受严重破坏的后果，但犯罪手段恶劣，造成特别严重的政治影响或造成其他重大损失的等等，如以暴力或暴力威胁拒捕的；在航空器处于危险的状况下，仍强迫飞行、拒绝迫降的；降落于非预定的降落地，羁留航空器上的人员，以待回赎或让其做违反其意志的服务，使航空器改变飞行计划的；意图毁弃或损坏航空器或其所装载的设备而使用炸药或纵火器具，并引起爆炸或火灾的等等

（五）交通肇事罪

1．定义

交通肇事罪，是指从事交通运输的人员违反交通运输管理法规，因而发生重大事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的行为。

2．特征

（1）主体即凡年满 16 周岁、具有刑事责任能力的自然人均可构成。主体不能理解为在上述交通运输部门工作的一切人员，也不能理解为仅指火车、汽车、电车、船只、航空器等交通工具的驾车人员，而应理解为一切直接从事交通运输业务和保证交通运输的人员以及非交通运输人员。交通运输人员具体地说，包括以下 4 种从事交通运输的人员，(1) 交通运输工具的驾驶人员，如火车、汽车、电车司机等；(2) 交通设备的操纵人员，如扳道员、巡道员、道口看守员等；(3) 交通运输活动的直接领导、指挥人员，如船长、机长、领航员、调度员等；(4) 交通运输安全的管理人员，如交通监理员、交通警察等。他们担负的职责同交通运输有直接关系，一旦不正确履行自己的职责，都可能造成重大交通事故。

非交通运输人员违反规章制度，如非司机违章开车，在交通运输中发生重大事故，造成严重后果的，也构成本罪的主体。最高人民法院、最高人民检察院《关于办理盗窃案件具体应用法律的若干问题的解释》中指出，“在偷开汽车中因过失撞死、撞伤他人或者撞坏了车辆，又构成其他罪的，应按交通肇事罪与他罪并罚”这一解释说明，非交通运输人员构成交通肇事罪，并不以肇事行为发生在交通运输过程中为要件。

(2) 客体是交通运输安全。交通运输，是指与一定的交通工具与交通设备相联系的铁路、公路、水上及空中交通输，这类交通运输的特点是与广大人民群众的生命财产安全紧相连，一旦发生事故，就会危害到不特定多数人的生命安全。造成公私财产的广泛破坏，所以，其行为本质上是危害公共安犯罪。

(3) 主观方面为过失，包括疏忽大意的过失和过于自信的过失。这种过失是指行为人对自己的违章行为可能造成的严重后果的心理态度而言。行为人在违反规章制度上可能是明知故犯，如酒后驾车、强行超车、超速行驶等，但对自己的违章行为可能发生重大事故，造成严重后果，应当预见而因疏忽大意，没有预见，或者虽已预见，但轻信能够避免，以致造成了严重后果。

(4) 客观方面表现为在交通运输活动中违反交通运输管理法规，因而发生重大事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受大损失的行为。由此可见，本罪的客观方面是由以下 4 个相互不可分割的因素组成的：

1、必须有违反交通运输管理法规的行为在交通运输中实施了违反交通运输管理法规的行为，这生交通事故的原因，也是承担处罚的法律基础。所谓交通运输法规，是指保证交通运输正常进行和交通运输安全的规章制度，包括水上、海上、空中、公路、铁路等各个交通运输系统的安全规则、章程以及从事交通运输工作必须遵守的纪律、制度等。如《城市交通规则》、《机动车管理办法》、《内河避碰规则》、《航海避碰规则》、《渡口守则》、《中华人民共和国海上交通安全法》等。违反上述规则就可能造成重大交通事故。在实践中，违反交通运输管理法规行为主要表现为违反劳动纪律或操作规程，玩忽职守或擅离职守、违章指挥、违章作业，或者违章行驶等。例如，公路违章的有：无证驾驶、强行超车、超速行驶、酒后开车；航运违章的有：船只强行横越，不按避让规章避让，超速抢档，在有碍航行处锚泊或停靠；航空违章的有：违反空中交通管理擅自起飞，偏离飞行航线，无故不与地面联络，等等。上述违章行为的种种表现形式，可以归纳为作为与不作为两种基本形式，不论哪种形式，只要是违章，就具备构成本罪的条件。

2、必须发生重大事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的严重后果。这是构成交通肇事罪的

必要条件之一。行为人虽然违反了交通运输管理法规，但未造成上述法定严重后果的，不构成本罪。

3、严重后果必须由违章行为引起，二者之间存在因果关系。虽然行为人有违章行为，造成严重后果，而且在时间上存在先行后续关系，则不构成本罪。

4、违反规章制度，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的行为，必须发生在从始发车站、码头、机场准备载人装货至终点车站、码头、机场旅客离去、货物卸完的整个交通运输活动过程中。从空间上说，必须发生在铁路、公路、城镇道路、和空中航道上；从时间上说，必须发生在正在进行的交通运输活动中。如果不是发生在上述空间、时间中，而是在工厂、矿山、林场、建筑工地、企业事业单位、院落内作业，或者进行其他非交通运输活动，如检修、冲洗车辆等，一般不构成本罪。检察院 1992 年 3 月 23 日《关于在厂（矿）区机动车造成伤亡事故的犯罪案件如何定性处理问题的批复》中指出：在厂（矿）区机动车作业期间发生的伤亡事故案件，应当根据不同情况，区别对待；在公共交通管理范围内，因违反交通运输规章制度，发生重大事故，应按刑法第 113 条规定处理。违反安全生产规章制度。发生重大伤亡事故，造成严重后果的，应按刑法第 114 条规定处理；在公共交通管理范围外发生的，应当定重大责任事故罪。由此可见，对于这类案件的认定，关键是要查明它是否发生在属于公共交通管理的铁路、公路上。

利用大型的、现代化的交通运输工具从事交通运输活动，违反规章制度，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，应定交通肇事罪，这是没有异议的。但是，对于利用非机动车，如自行车、三轮车、马车等，从事交通运输活动，违章肇事，使人重伤、死亡，是否构成交通肇事罪，存在不同的看法。第一种意见认为：交通肇事罪属于危害公共安全的犯罪，即能够同时造成不特定的多人伤亡或者公私财产的广泛损害，而驾驶非机动车从事交通运输活动，违章肇事，一般只能给特定的个别人造成伤亡或者数量有限的财产损失，不具有危害公共安全的性质，因此，不应定交通肇事罪，而应根据具体情况，确定其犯罪的性质，造成他人死亡的，定过失致人死亡罪；造成重伤的，定过失重伤罪。第二种意见见认为，它虽一般只能造成特定的个别人的伤亡或者有限的损失，但不能因此而否认其具有危害公共安全的性质，况且许多城镇交通事故都直接或间接与非机动车违章行车有关。因此，上述人员违章肇事，应当以交通肇事罪论处。如果因其撞死人而按致人死亡罪论处，因其撞伤人而按过失重伤罪论处，是不合理的。目前司法实践中，一般按第二种意见定罪判刑，即以交通肇事罪论处。

3．认定

交通肇事案件比较复杂，表现在客观方面，因果关系比较复杂，表现在主观方面，故意与过失、过失与无过失的界限比较难区分。因此,□在认定交通肇事罪时，一定要坚持深入调查，具体分析，严格区分罪与非罪、罪与罪的界限。

交通肇事罪与非罪的界限。在区分交通肇事罪与非罪的界限时，□要注意把握以下几点：

（1）行为人是否违反了交通运输管理法规。□这是区分交通肇事罪与意外事件的界限。如果行为人违反交通运输管理法规，发生重大事故，造成严重后果，则可能构成交通肇事罪；如果行为人没有违反交通运输管理法规，完全是正常行驶，即使造成上述严重后果，也不构成犯罪。

（2）是否造成发生重大事故，致人重伤、□死亡或者使公私财产遭受重大损失的严重后果。根据最高人民法院、最高人民检察院《关于严格依法处理道路交通肇事案件的通知》，参照最高人民检察院关于重大责任事故案件的立案标准，交通肇事具有下列情形之一的，应视为重大事故，依法追究刑事责任：①造成死亡 1□人或者重伤 3 人以上的；②重伤 1 人以上，情节恶劣，后果严重的；③造成公私财产直接损失的数额，起点在 3 万元至 6 万元之间的。这是区分交通肇事罪与一般交通肇事行为的界限。如果造成上述严重后果，可能构成交通肇事罪；如果没有造成上述严重后果，只是造成比较轻微后果，则是一般交通事故。

（3）违反交通运输管理法规行为与严重后果之间是否有因果关系。□如果上述严重后果是因为违反交通运输管理法规的行为引起的，二者存在因果关系，应定交通肇事罪；如果行为人虽违反了交通运输管理法规，又

发生了重大事故，但重大事故不是行为人因违反交通运输管理法规行为引起的，而是行为人意志以外的不能预见或者不能抗拒的原因引起的，则属自然事故、意外事件，不应以交通肇事罪论处。

交通肇事罪与过失破坏交通工具罪、过失破坏交通设施罪的界限。□交通肇事罪与过失破坏交通工具罪、过失破坏交通设施罪，在主观方面都出于过失；在客观方面，都造成了致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的严重后果，危害了公共安全。但它们是不同性质的犯罪，应严格划清它们之间的界限。它们之间的主要区别是：(1)前者的主体主要是从事交通运输的人员，□虽然非交通运输人员也可构成该罪主体，但他们也必须是在操纵交通工具，与交通运输人员不同的，仅是他们不具有"交通运输人员"身份；后者的主体为一般主体。(2□)前者发生在交通运输活动过程中，严重后果是由于在交通运输活动过程中违反交通运输管理法规引起的；后者的发生与交通运输活动无关，严重后果是由于行为人在交通运输活动以外的日常生产、生活中马虎草率、粗枝大叶，不细心谨慎引起的。

4.处罚

第133条规定，犯交通肇事罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役；交通运输肇事后逃逸或者有其他特别恶劣情节的，处3年以上7年以下有期徒刑；因逃逸致人死亡的，处7年以上有期徒刑。所谓"其他特别恶劣情节"，最高人民法院、□最高人民检察院于1987年8月21□日发出的《关于严格依法处理道路交通肇事案件的通知》指出，具有下列情节之一的，可视为"情节特别恶劣": (1)造成2人以上死亡的；(2)造成公私财产直接损失的数额，起点在6万元至10万元之间的。因逃逸而致人死亡，是指交通运输肇事致人伤害，如果抢救及时，不会引起死亡。由于行为人交通运输肇事后逃逸，延误了抢救时机，引起死亡的情况。行为人交通运输肇事致人伤害，就有义务对被害人进行抢救，防止被害人残疾或者死亡，而行为人为了逃避法律责任，置被害人的生死于不顾，逃逸而出，致使被害人死亡，虽不具杀人的直接故意，但是一个特别恶劣的、应予严厉处罚的情节。由于这些情节的出现，使交通运输肇事罪的基本犯罪构成的主、客观要件结构都发生变化，使其社会危害性增大。

（六）重大责任事故罪

1．定义

重大责任事故罪，是指工厂、矿山、林场、建筑企业或者其他企业、事业单位的职工，由于不服管理，违反规章制度，或者强令工人违章冒险作业，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的行为。

2．特征

（1）主体为特殊主体，是指工厂、矿山、林场、建筑企业或者其他企业、事业单位的职工。这些单位既包括国家的，又包括集体的。作为本罪主体的上述单位的职工，并非该单位从事各种工作的职工，而是指那些直接从事生产的人员和直接指挥生产的人员，包括生产工人、技术员、安全员、化验员、检验员、生产调度、段长、矿长、车间主任等。而非生产性的工作人员，如党、团和工会的专职工作人员，以及资料员、收发人员、治安人员等，玩忽职守，造成严重后果的，均不构成本罪，但是，如果他们参加车间生产期间，违章造成重大伤亡事故，造成严重后果的，则构成本罪。此外，改革开放以来，随着个体经济的发展，个体经营户生产中因违章发生重大事故的案件开始增加，上述主体范围已不能适应现实情况，因此，1986年6月21日最高人民法院、最高人民检察院《关于刑法第114条规定的主体要件的适用范围的联合通知》中，将群众合作经营组织或个体经营户的从业人员也包括在重大责任事故罪的主体中。对于群众合作经营组织和个体经营户的主管负责人，在管理工作中玩忽职守，致使发生重大伤亡事故，造成严重后果的，也应按刑法第114条的规定，追究处罚。1988年3月18日，最高人民检察院《关于无照施工经营者能否构成重大责任事故罪主体的批复》指出，"无照施工经营者在施工过程中强令从业人员违章冒险作业，造成重大伤亡事故的，可以构成重大责任事故罪的主体要件。1989年4月3日最高人民检察院《关于在押犯能否构成重大责任事故罪主体的批复》指出，"在押犯是劳改企业中直接从事生产的人员，可以构成重大责任事故罪的主体。至于三资企业中的从业人员和生产管理人员能否成为重大责任事故罪的主体，现行立法和司法解释均未明确指出，但根据立法与司法解释的精神，应当认

为他们可以作为重大责任事故罪的主体。

（2）客体是厂矿企业、事业单位的生产安全。现代生产，愈来愈表现为协作、有序的状态，从而形成各行各业生产的系统化。某个环节发生的问题，不仅仅是操作者个人的人身安全和财产安全的问题，并且往往直接关系到整个生产安全。世界各国普遍重视运用法律手段保护生产安全。为了贯彻执行安全生产方针，加强企业安全生产的管理工作，1963 年 3 月 30 日国务院发布的《关于加强企业生产中安全工作的几项规定》对安全生产责任制、安全技术措施计划、安全生产的教育、检查等方面作了规定。此外，为了使各行业的安全生产规范化，国家陆续发布了《矿山安全法》、《矿山安全监察条例》、《关于加强防尘防毒工作的决定》、《防止沥青中毒办法》、《工厂安全卫生规程》、《建筑安装工程安全技术规程》、《锅炉压力容器安全监察暂行条例》、《森林防火条例》、《放射性同位素与射线装置放射防护条例》、《特别重大事故调查程序暂行规定》等一系列有关安全生产的法规。作为重大责任事故罪所侵犯的客体的生产安全，是公共安全的重要组成部分。危害生产安全，同样表现为能够使不特定的多数人的生命、健康或者公私财产遭受重大的损害。其特点是这些损害发生在生产过程中。

（3）主观方面为过失。这种过失，表现在对造成的后果没有预见，或者轻信可以避免。而对违章本身，既可能是无意之中违反，也可能是明知故犯，但均不影响本罪的成立，在量刑时可以作为一个情节予以考虑。如果行为人对危害结果出于故意的心理状态，不构成本罪，可能构成其他危害公共安全的犯罪。根据 1986 年 7 月 4 日最高人民检察院发言人就《关于刑法第 114 条规定的主体要件的适用范围的联合通知》所作的解答，企业、事业单位的职工和群众合作经营组织、个体经营户从业人员，没有经过培训，也没有经过技术培训，没有受到必要的安全教育，不了解规章制度，因而发生重大责任事故，行为人不负法律责任，应由发生事故的单位和经营组织、经营户的直接责任人员的负法律责任。

（4）客观方面表现为在生产和作业过程中违反规章制度，不服从管理或者强令工人违章冒险作业，因而发生重大伤亡事故，造成严重后果的行为。

重大责任事故罪在客观方面有两种表现形式：一种是行为人在生产、作业活动中，不服管理、违反规章制度，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的，即一般职工本人直接违反规章制度，造成严重后果的行为。“不服管理”是指企业、事业单位的职工不服从本单位安全生产的要求或者不服从单位领导有关安全方面的工作安排。“违反规章制度”是指违反有关生产安全方面的操作规程、劳动纪律和劳动保护等规定。“不服管理”与“违反规章制度”的表现方式是多种多样的，既可以表现为作为，如擅自移动有关安全生产方面的标志、开关、信号，在禁火区生产时使用明火作业等；也可以表现为不作为，如值班时外出游玩、睡觉打吨、精神不集中等。其实，在许多情况下，“不服管理”与违反规章制度“是一致的。重大责任事故罪在客观方面的另一种表现形式是行为人在生产、作业活动中，强令工人违章冒险作业，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的，即有关生产、作指挥、管理人员利用职权强令职工违章冒险作业。在这种表现形式中，首先是工人不愿听从生产指挥、管理人员的违章冒险作业的命令，其次是生产指挥、管理人员利用自己的职权强迫命令工人在违章的情况下冒险作业，即强迫工人服从其错误的指挥，而工人不得不违章作业。在这种情况下，虽然工人客观上是违章作业，但由于违章作业不是工人本人的意愿，而是被指挥、管理人员强迫去违章作业，因此，不能追究被强迫违章作业的工人的刑事责任，而要追究违章指挥人员的刑事责任。

1.行为人必须具有违反规章制度的行为。所谓规章制度，不仅指上述国家发布的各种有关安全生产的法规，以及企业、事业单位及其上级管理机关制定的反映安全生产客观规律并涉及工艺技术、生产操作、技术监督、劳动保护、安全管理等方面的规程、规章、章程、条例、办法和制度等，而且还包括那些虽无明文规定，但却反映了生产、科研、设计、施工中安全操作的客观规律并长期为群众所公认的行之有效的正确的操作习惯与惯例。但是，应逐步将这些操作习惯和惯例条理化、规范化并见诸文字，以便于衡量和检验。违反上述规章制度，是造成事故的直接原因，也是构成重大责任事故罪的前提条件。处于不同岗位的人员，违反规章制度的行为往往具有不同的形式。普通职工违反规章制度，主要表现为不服管理，不听指挥，不遵守操作规程和工艺设计要

求，盲目蛮干，或者擅离岗位。技术人员违反规章制度，主要表现为违背科学原理，对设计、配方等应予论证、检验而不进行论证、检验。生产管理人员违反规章制度，主要表现为不遵守劳动保护法规，强令工人违章冒险作业，或者违背客观规律在现场瞎指挥。认定某人是否构成重大责任事故罪，首先应查明其是否具有违反规章制度的行为，没有违章行为不构成犯罪，具有违章行为就可能构成犯罪。

2.行为人违反规章制度的行为发生在生产过程中并与生产有直接联系。重大责任事故罪与失火罪、过失决水罪、过失爆炸罪、过失投毒罪等过失危害公共安全犯罪的主要区别，就在于违章行为发生在生产过程中并与生产有直接联系。只有在生产过程中有违章行为，才可能出现责任事故。就普通职工而言，虽然在生产过程中具有违章行为，引起严重的危害结果，但如果同其生产活动没有直接联系，仍然属于危害公共安全罪中的其他过失犯罪，而不构成重大责任事故罪。就生产管理人员而言，其违章管理、违章指挥行为只有与生产直接联系，才构成重大责任事故罪，否则，仅在一般管理层次上出现漏洞，不贯彻执行有关安全生产的规章制度，引起发生严重危害结果的，则构成玩忽职守罪，不属于重大责任事故罪。

3.行为人违反规章制度的行为引起了重大伤亡事故，造成严重后果。虽然有违章行为，但尚未造成重大伤亡事故，造成严重后果的，不构成重大责任事故罪，必要时可予以适当的行政处罚。从造成的结果看，本条规定了“重大伤亡”和“严重后果”两个标准，具备其一便构成犯罪。1989 年 11 月 30 日最高人民检察院印发的《人民检察院直接受理的侵犯公民民主权利人身权利和渎取案件标准的规定》,对重大责任事故罪的这两个标准作了量化规定。重大伤亡，是指致人死亡一人以上，或者致人重伤三人以上的；严重后果，是指造成直接经济损失五万元以上的，以及经济损失虽不足规定数，但情节严重，使生产、工作受到重大损害的。

所谓情节特别恶劣，是指经常违反规章制度，屡教不改，明知没有安全保证，不听劝阻，强令工人违章冒险作业；发生过事故不引以为戒，仍继续蛮干；事故发生后，不组织抢救，使危害后果蔓延扩大；为逃避责任，伪造现场、嫁祸于人；造成伤亡人数特别多；造成直接经济损失特别大等。

3．认定

重大责任事故罪与自然事故、技术事故的界限。自然事故是指暴风雨、□雷电、地震、泥石流等人们不能预见或者不能抗拒的自然现象引起的事故；技术事故是指由于技术条件或者设备条件的限制，使得有关职工无法避免的事故。它们与重大责任事故罪的区别在于：前者行为人既无故意又无过失，完全是由于不能预见或者不能抗拒的原因引起的，在当时的情况下是不可避免的，因此，有关职工不负法律责任；后者行为人主观上具有过失，以致使本来可以避免的事故没有避免，因此，应负刑事责任。

重大责任事故罪与技术革新和科学实验中的失败的界限。□技术革新和科学实验本身就包含着失败的可能。只允许技术革新、科学实验成功，不允许失败，就等于取消技术革新、科学实验，社会生产力就不可能向前发展。因此，应当鼓励职工大胆开展技术革新和科学实验，勇于进行“正当冒险”, 对于他们因失败而造成的损失，只要是由于不能认识的原因引起的，行为人主观上没有过失，就不应负法律责任。但是，在上述活动过程中，漫不经心、疏忽大意，发生不应有的差错，或者故意违反操作规程，因而发生重大事故，致人重伤、死亡，或者使公私财产遭受重大损失，则构成重大责任事故罪。

重大责任事故罪与失火罪、过失爆炸罪的界限。□它们的共同点是：都是过失犯罪，客观上都造成了重大伤亡或者公私财产的重大损失。它们的区别在于：(１)前者的主体是特殊主体，而后者是一般主体。(２)前者是在生产、作业活动中，由于违反规章制度而发生重大伤亡事故，造成严重后果的；后者是在日常生活中，由于忽视安全，用火、用电等不慎而发生火灾，爆炸的，与生产、作业活动无关。

4.处罚

第 134 条规定，犯重大责任事故罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役；情节特别恶劣的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。重大责任事故罪中的“情节特别恶劣”主要是指下列几种情况：(１)造成了特别严重的后果，如致多人死亡；或者致人重伤的人数特别多；或者直接经济损失特别巨大。(２)违章行为特别恶劣，如已因违反

规章制度受到批评教育或行政处罚而不改正，再次违反规章制度，造成重大事故；或者屡次违反规章制度；或者明知没有安全保证，甚至已发现事故苗头，仍然不听劝阻、一意孤行，拒不采纳工人和技术人员的意见，用恶劣手段强令工人违章冒险作业等。(3)事故发生后，行为人表现特别恶劣。如事故发生后，不积极采取抢救措施抢救伤残人员或防止危害后果扩大，只顾个人逃命或抢救个人财物，使危害后果蔓延扩大；或者事故发生后，为逃避罪责，破坏、伪造现场，隐瞒事实真相，嫁祸于人。

二、重点界限

1．放火罪与以放火的方法实施的故意杀人等其它罪的界限。

我国刑法中规定的许多犯罪，例如故意杀人、故意伤害、决水、破坏交通工具、破坏交通设施、故意毁坏公私财物、破坏生产经营等，都可以放火的方法实施，因此，必须区分放火罪与用放火的方法实施的犯罪的界限。要正确区分二者的界限，必须对案件进行全面、具体的分析。首先考察其侵犯的客体。如果侵犯的是公共安全，则可能构成放火罪；如果侵犯的是某种具体的、特定的利益，如人的生命等，则可能构成其他罪。其次，考察行为人主观故意的内容。如果是为了危害不特定多人的生命、健康或者重大公私财产安全，则可能构成放火罪；如果是为了侵害某一具体、特定的利益，如破坏生产经营等，则可能构成其他罪。第三，考察行为的直接指向，即行为对象。如果行为对象是不特定的，可能构成放火罪；如果行为对象是特定的，则可能构成其他罪。例如用放火的方法破坏交通工具，虽然也危害了公共安全，但其行为是直接指向具体的交通工具的，因此应定破坏交通工具罪。总之，要结合具体案件，运用犯罪构成理论进行全面、综合的分析。

2．重大责任事故罪和破坏生产经营罪的界限。

后者是基于泄愤报复或者其他个人目的，而故意实施的破坏生产经营的犯罪，应当按照刑法第 276 条定罪量刑。重大责任事故罪责是一种过失犯罪。由于主观上罪过不同，因而决定着两种犯罪的性质也是不同的。

思考题：

1.如何理解危害公共安全罪类罪的概念和特征？
2.以危险方法危害公共安全罪的概念和特征是什么？
3.放火罪的概念和特征是什么？
4.交通肇事罪的概念和特征是什么？它的刑事责任是怎样规定的？
5.重大责任事故罪的概念和特征是什么？

参考书目：

1、王作富主编：《刑法》，中国人民大学出版社，1999 年 12 月第 1 版。
2、何秉松主编：《刑法教科书》，中国法制出版社，1997 年 12 月第 1 版。
3、杨春洗、杨敦先主编：《中国刑法论》，北京大学出版社，1998 年月第 2 版。
4、郭立新、杨迎泽主编：《刑法分则适用疑难问题解》，中国检察出版社，2000 年 1 月第 1 版。
5、刘亚平编著：《刑法分则案例教程》，中国政法大学出版社，1999 年 8 月第 1 版。
6、陈兴良、曲新久著：《案例刑法教程》，中国政法大学出版社，1994 年 5 月第 1 版。
7、黄京平主编：《以案说法》(刑法篇)，中国人民大学出版社，1998 年 5 月第 1 版。

第十四章　破坏社会主义市场经济秩序罪

教学目的与要求：让学生全面掌握本章重点罪的概念、构成特征和相近罪的区别。让学生一般了解本章其它罪。

教学重点：生产、销售伪劣产品罪；生产、销售假药罪；走私淫秽物品罪、走私普通货物、物品罪；虚报注册资本罪；虚假出资、抽逃出资罪；伪造货币罪；内幕交易、泄漏内幕信息罪；洗钱罪；信用证诈骗罪；保险诈骗罪；偷税罪；侵犯商业秘密罪；侵犯著作权罪；合同诈骗罪；非法经营罪。生产、销售伪劣产品罪与其它的生产、销售伪劣商品罪的界限；虚报注册资本罪与诈骗罪的界限；各种经济诈骗罪与诈骗罪的界限。

教学难点：生产、销售伪劣产品罪；虚假出资、抽逃出资罪；内幕交易、泄漏内幕信息罪；洗钱罪；非法经营罪；虚报注册资本罪与诈骗罪的界限；偷税罪与抗税罪的界限；合同诈骗罪与诈骗罪的界限。

教学方法：讲授

学　时：8 学时（第 9、10 周）

第一节　破坏社会主义市场经济秩序罪概述

一、破坏社会主义市场经济秩序罪的概念

破坏社会主义市场经济秩序罪，是指违反国家经济管理法规，破坏国家经济管理活动，侵害社会主义市场经济秩序的行为。

二、破坏社会主义市场经济秩序罪的特征

破坏社会主义市场经济秩序罪具有下列构成要件：

（一）主体多属一般主体，如生产、销售伪劣商品罪、走私罪等，也有少数犯罪只能由特殊主体构成，如偷税罪、抗税罪等。

（二）客体是社会主义市场经济秩序。社会主义市场经济秩序，涉及到国民经济的生产、交换、分配、消费等各个方面，包括重工业、轻工业、手工业、农业、林业、畜牧业、渔业、商业、服务业、建筑业、矿产业等各个部门，内容十分广泛。破坏社会主义市场经济秩序，是破坏社会主义市场经济秩序罪的本质所在，是这类犯罪与其他犯罪相区别的重要标志。

（三）主观方面绝大多数犯罪属于故意，有的犯罪还要求有特定的目的，也有个别犯罪可由过失构成。

（四）客观方面表现为行为人违反国家经济管理法规，破坏社会主义市场经济秩序的行为。破坏社会主义市场经济秩序罪基本上以违反某种经济管理法规为前提。例如，走私罪违反海关法规，偷税罪违反税收法规等。违反不同内容的经济管理法规也决定了破坏经济秩序的表现形式各不相同。例如，违反海关法规表现为走私行为，违反税收法规表现为偷税、抗税等犯罪行为，如此等等。但是，并非所有违反经济管理法规并破坏社会主义市场经济秩序的行为都是犯罪行为，只有情节严重的，才构成破坏社会主义市场经济秩序罪；其中情节较轻，危害不大的，属于一般违法行为，行为人应承担民事的或行政的法律责任，而不承担刑事责任。

破坏社会主义市场经济秩序罪共 92 个条文，94 种罪名。

第二节　生产、销售伪劣商品罪

一、重点罪（生产、销售伪劣产品罪；生产、销售假药罪）

（一）生产、销售伪劣产品罪

1.定义

生产、销售伪劣产品罪，是指生产者、销售者在产品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好或者以不合格产品冒充合格产品，销售金额5万元以上的行为。

2.特征

（1）主体是生产者、销售者，包括消费者以外的一切从事商品生产、□销售的公司、企业等单位和自然人。

（2）客体是复杂客体，包括国家有关产品质量、工商行政的管理制度和消费者的合法权益。

本罪的犯罪对象是伪劣产品。所谓伪劣产品，从广义上而言，根据《产品质量法》第2条的规定，这里的“产品”，应是指经过加工、制作、用于销售的产品，但不包括建筑工程。即除了建筑性以外的一切伪劣产品，不管是工业用品还是农业用品，不管是生活用品还是生产资料，不管是有危害人身、财产安全的产品还是没有危害人身、财产安全的产品，都可能包括在本罪的伪劣产品之中。根据产品质量法的有关规定、包括：（1）在产品中掺杂、掺假，以假充真、以次充好，以不合格产品冒充合格产品的，致使产品不符合产品质量标准如国家标准、行业标准、企业标准；不具备产品应当具备的使用性能，但是对产品存在使用性能的瑕疵作出说明的除外；不符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准以及产品说明、实物样品等方式表明的质量状况等；（2）伪造产地或者伪造或者冒用他人的厂名、厂址的；（3）伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志的；（4）属于国家明令规定的淘汰产品的；（5）伪造检验数据或者检验结论的；（6）无检验合格证或无有关单位允许销售证明的；（7）产品或其包装不符合要求的，如没有产品质量检验合格证明；没有中文标明的产品名称、生产厂厂名和厂址；没有根据产品的特点和使用要求，标明产品规格、等级、所含主要成份的名称和含量；限期使用的产品没有标明生产日期和安全使用日期或者失效日期的；使用不当容易造成产品本身损坏或者可能危及人身、财产安全的产品，没有警示标志或者中文警示说明，但裸装的仪器和其他根据产品的特点难以附加标识的裸装产品，可以不附加产品标识；剧毒、危险、易碎、储运中不能倒置以及有其他特殊要求的产品，没有警示或者中文警示说明或标明储运注意事项的等等；（8）失效、变质的等等。根据本条规定，构成本罪对象的伪劣产品，不是属于上述广义上的伪劣产品。成为本罪犯罪对象的只能是：不符合保障人体健康、人身财产安全的国家标准、行业标准、企业标准等产品；掺杂、掺假，以假充真，以次充好的产品；不合格的产品；失效、变质的产品；等等。如果不是生产、销售上述实质上的伪劣商品，虽属生产、销售伪劣产品的违法行为，不构成本罪。

（3）主观方面是故意，一般以营利为目的，过失不构成本罪。

（4）客观方面表现为生产、销售伪劣产品的行为，具体表现为在产品中掺杂、掺假、以假充真，以次充好或者以不合格产品冒充合格产品。在产品中掺杂、掺假，主要是指在产品中掺入异物。例如，在牛奶中掺淘米水、牛尿，面粉中掺化石粉等。以假充真，是指以他种产品冒充此种产品。例如，用自来水冒充矿泉水。以次充好，是指以品质较差的产品冒充优质产品，以低档产品冒充高档产品。例如，以二级品冒充一级品。以不合格产品冒充合格产品，是指以不符合产品质量要求的产品冒充符合产品质量要求的产品。《产品质量法》第14条规定，□产品质量应当符合下列要求：①不存在危及人身、财产安全的不合理的危险，有保障人体健康，人身、财产安全的国家标准、行业标准的，应当符合该标准；②具备产品应当具有的使用性能，但是，对产品存在使用性能的瑕疵作出说明的除外；③符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准，符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况。产品不符合上述要求，即为不合格产品。

上述生产、销售伪劣产品的行为，销售金额达到5万元以上的，□才构成犯罪，如果销售金额不足5万元，不构成犯罪。销售金额，□是指生产者或者销售者销售伪劣商品的全部销售收入，该销售收入应当包括生产、销售成本与利润。应当注意，生产者已经生产出了伪劣产品，或者销售者已经购进了伪劣产品，准备销售或者正在销售，销售金额可以达到5万元以上，但尚未销售或者实际销售金额尚不足5万元即被查获的，应以犯罪未遂论，而不能认为不构成犯罪。

生产、销售伪劣产品，销售金额5万元以上的始构成犯罪。销售金额超过20□万元的，属于数额加重的生产、销售伪劣产品罪。第140条依照销售金额的不同，□将生产、销售伪劣产品罪划分为销售金额20万元以上不满50万元的、50万元以上不满2 00万元的、200万元以上的三种特殊犯罪构成。

3.认定

（1）生产、销售伪劣产品罪与非罪的界限

按照本条规定，生产、销售伪劣产品的行为，必须是销售金额在5万元以上的，才能构成犯罪。因此，本罪在犯罪形态上属结果犯。销售金额不满5万元的，则属一般违法行为，可由有关工商行政部门给予行政处罚。

（2）生产伪劣产品行为与销售伪劣产品行为是否并罚

本罪是选择性罪名，生产与销售伪劣产品行为是选择性要件，行为人只要实施了生产或销售中的任何一个行为，就适用本条的规定，构成生产伪劣产品罪或销售伪劣产品罪。如果行为人既实施了生产伪劣产品的行为，又实施了销售伪劣产品的行为，是否数罪并罚则要根据不同情况作不同分析。

1、如果行为人既生产了伪劣产品，又销售了自己生产的伪劣产品，则销售行为是生产行为的延续，对这两种行为不能数罪并乱 而仍按生产、销售伪劣产品罪一罪处罚。

2、如果行为人生产了伪劣产品，又销售了他人生产的伪劣产品，且销售金额都在5万元以上，则应按生产伪劣产品罪和销售伪劣产品罪两罪并罚。

（三）生产、销售伪劣产品与诈骗罪的界限

生产、销售伪劣产品犯罪一般表现为在产品中掺杂使假、以假充真、以次充好或者以不合格产品冒充合格产品等欺骗手段；而诈骗罪常常亦以冒充销售产品的工商活动来实现。两者往往极易混淆。两者有着本质的不同：(1)所侵犯的客体不同。本罪所侵犯的是市场管理的正常活动及费者的合法权益，包括其人身健康及财产安全等权利；而诈骗罪则是对财产的所有权造成侵害。(2)犯罪目的不同。本罪一般表现为以获取非法利润为目的，但也可以是出于其他非法目的，如为了不正当竞争，通过生产、销售伪劣产品冒充为他人生产的产品，毁坏他人名誉，以使自己处于有利的地位等；而后者则只能出于非法占有的目的。(3)客观行为的表现方式不同。诈骗罪是完全采取虚构事实、隐瞒真相的方法，使受害人产生错觉，信以为真，从而自愿地“交出财物”，而本罪则是在经济活动中，违反工商管理等市场管理法规，在生产、销售等工商活动中使用偷工减料、掺杂使假，以次充好，以假充真，以不合格产品冒充合格产品等带有欺诈性质的手段进行非法的经营活动。

4.处罚

第140条和第150条规定，犯生产、销售伪劣产品罪的，即生产、销售伪劣产品销售金额5万元以上不满20万元的，处2年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处销售金额50 %以上2倍以下罚金。犯销售金额20万元以上不满50万元之生产、□销售伪劣产品罪的，处2年以上7年以下有期徒刑，并处销售金额50%以上2倍以下罚金。犯销售金额50万元以上不满20 0万元之生产、销售伪劣产品罪的，处7□年以上有期徒刑，并处销售金额50%以上2倍以下罚金。犯销售金额200万元以上的生产、□销售伪劣产品罪的，处15年有期徒刑或者无期徒刑，并处销售金额50%以上2倍以下罚金或者没收财产。单位犯生产、销售伪劣产品罪的，对单位判处罚金；并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

(二)生产、销售假药罪

1.定义

生产、销售假药罪，是指生产、销售假药，足以危害人体健康的行为。

2.特征

（1）主体为一般主体。凡达到法定刑事责任年龄且具有刑事责任能力的自然人均可构成本罪、依本节第150条之规定，单位亦能成为本罪主体，单位犯本罪时，实行两罚制。

（2）客体是国家药政管理制度和公民的生命和健康。药品，直接关系到人民的健康和生命、国家历来对药品的生产与经销的监督管理十分重视。为了保证药品质量，增进药品疗效，保障人们用药安全、维护人民身体健康，国家先后制定了一系列法律法规，对有关药品的生产、销售及其监督管理都作了详尽的规定。1384年9月第六届全国人大常委会第七次会议通过了《药品管理法》，这是我国第一部比较完备、比较系统、比较集中的有关药品管理方面的专门法典。l985年4月，国家医药管理局颁发了《关于贯彻（药品管理法）的有关暂行规定》。同年7月，鉴于不少地方发现了制造、贩卖假药等严重危害人民生命健康的犯罪活动，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合发布了《关于抓紧从严打击制造、贩卖假药、…等严重危害人民生命健康的犯罪活动的通知》。1989年1月，经国务院批准，国家卫生部又发布了《中华人民共和国药品管理法实施办法》，对《药品管理法》作了权威的解释和进一步的补充与说明。《药品管理法》第33条规定，"禁止生产、销售假药"。因此，任何生产、销售假药的行为，都是对药品管理制度的侵犯。

本罪的犯罪对象，只限于假药。本条第2款规定，本条所称假药，是指依据《药品管理法》的规定属于假药和按假药处理的药品、非药品。根据《中华人民共和国药品管理法》第33条之规定，有下列情形之一者为假药：1、药品所含成份的名称与国家药品标准或省、自治区、直辖市药品标准不符合。2、以非药品冒充药品。3、以他种药品冒充此种药品。（这种情况一般是以一种低价药品冒充一种高价药品。）此外，有下列情形之一的药品按假药处理：1、国务院卫生行政部门规定禁止使用的。2、未取得批准文号生产的。3、变质不能药用的。4、被污染不能药用的。作为本罪犯罪对象的假药，专指人用药，而不包括兽用药重其他动植物用药。

（3）主观方面为故意，即行为人明知自己生产、销售的是假药，必然危害人体健康，但仍进行生产、销售。

行为人的目的大多是以营利为目的，但也不可否认以其他目的而实施犯罪的存在。如为了损害某个名牌厂家的信誉，而大量生产、销售伪劣产品等等。因此，以营利为目的不作为构成本罪的必要要件，只要行为人故意生产、销售假药，足以严重危害人体健康的，就可以构成本罪。如果生产者不是故意生产假药，而是由于过失或者制造过程中的缺陷，使生产出来的产品未能全部达到规定的质量标准，就不构成本罪；如果销售者非故意销售假药，而是因未能识别而误售假药，或者司药人员抓错了药，致使他人健康受损，同样不构成本罪。如果上述行为造成严重后果，应追究刑事责任的，可以依照重大责任事故罪、玩忽职守罪追究刑事责任。

（4）客观方面客观方面表现为生产、销售假药，足以严重危害人体健康的行为。一切制造、加工、采集、收集某种物品充当合格或特定药品的行为，都是生产假药的行为，如以某种原材料制造、加工成不合格药品，采集非药品充当药品，将他种药品充当此种亥品，收集禁止使用的、变质不能药用的物品或被污染不能药用的物品充当药品等，都是生产假药的行为。一切有偿提供假药的行为，都是销售假药的行为，销售的方式既可能是公开的，也可能是秘密的；既可能是批量销售，也可能是零散销售；既可能是行为人请求对方购买，也可能是对方请求行为人转让；既可能是直接交付对方，也可能是间接交付对方；有偿转让假药既可能是获取金钱，也可能是获取其他物质利益；既可能是在交付假药的同时获得利益，也可能是先交付假药后获取利益或者先获取利益后交付假药。假药的来源既可能是自已生产的，也可能是自已购买的，还可能是通过其他方法取得的。销售的对方没有限制，即不问购买人是否达到法定年龄、是否具有辨认控制能力、是否与销售人具有某种关系。

生产、销售假药的行为必须足以严重危害人体健康的，才构成生产、销售假药罪。如果生产、销售假药的行为不足以严重危害人体健康，则不构成犯罪。客观判断的标准包括两个含义：-是医学科学判断，即以行为人所生产、销售的假药的性质、成份效用等事实为判断基础、以医学科学为判断标准，来分析这种假药是否具有严重危害人体健康的危险。二是一般人的判断，即以行为人所生产、销售的假药的性质、成份、效用等事实为

判断基础，以一般人的认识为判断标准，来分析这种假药是否具有严重危害人体健康的危险。例如，行为人销售变质不能药用或者污染的假药，根据医学科学与一般人的认识来判断，都是足以严重侵害人体健康的。但是，没有批准文号而生产药品或者销售这种药品时，根据医学科学判断，也可能没有侵害人体健康的危险。但一般人都认识到，生产和销售药品必须经过特许，没有批准文号而生产的药品被一般人认为是具有侵害人体健康危害的药品，因而也应认为足以严重危害人体健康。客观判断还包括他人使用假药的可能性。例如，虽然制作完毕但存于车间、仓库，没有投放市场的假药，从事实上看，还没有被人使用，似乎不足以严重危害人体健康，但这种假药具有被他人使用的可能性，因而一般也认为足以严重危害人体健康。根据医学科学与一般人的认识，只要行为人为了销售而生产了可能严重危害人体健康的假药，无论假药是否卖出、买万是否使用，或者只要行为人销售了可能严重危害人体健康的假药，不管买方是否使用，都应认为足以严重危害人体健康。

3．认定

（1）生产、销售假药罪与非罪的界限

依本条之规定、只有生产、销售了足以严重危害人体健康的假药，才能构成本罪。对于那些生产、销售了不足以严重危害人体健康的假药，而且销售金额不足五万元的，情节较轻，属于一般的违法行为，可由工商部门予以行政处罚。但是对于生产、销售假药不足以严重危害人体健康，但销售金额在五万元以上，应依本节第140条之规定，按生产、销售伪劣产品罪予以处罚。

往实践中、有生产、销售民间土方、偏方的行为。通说认为，这些土方和偏方虽可能不符合法定标准，但在临床上对于防治某些疾病往住确有一定的效用，有的甚至能治好疑难杂症，对于生产、销售这类药品的、不能以生产、销售假药罪论处，有的即使疗效不大、甚至没有疗效，只要没有副作用、不足以危害人体健康即不应以生产、销售假药罪论处（可依行政手段予以禁止）。但对于利用偏方、土方为幌子兜售假药，足以严重危害人体健康的则应以本罪论处。

（2）生产、销售假药罪与生产、销售伪劣产品的界限

l、侵犯的客体不同。生产、销售假药罪侵犯了国家药政管理制度和公民的生命权、健康权；而生产、销售伪劣产品罪侵犯了国家质量监督管理制度和消费者合法权益。

2、犯罪对象不同。生产、销售假药罪仅限于药品；而生产、销督伪劣产品罪则包括所有产品。

3、构成犯罪的标准不同。生产、销售假药罪是危险犯，必须“足以严重危害人体健康”才能构成；而生产、销售伪劣产品罪则是数额犯，只有生产、销售伪劣产品销售金额达五万元以上才构成犯罪。

生产、销售假药，不构成生产、销售假药罪，但是销售金额在五万元以上的，应依生产、销售伪劣产品罪定罪处罚。

行为人的行为同时构成生产、销售假药罪和生产、销售伪劣产品罪时，应依照处刑较重的犯罪定罪处刑，由于生产、销售假药罪的最高刑是死刑、而生产、销售伪劣产品罪的最高刑是无期徒刑，因此，在一般情况下应按生产、销售假药罪定罪量刑。但在复杂情况下，要比较两个罪量刑幅度的轻重，应依照处刑较重的规定处罚。若生产、销售假药销售金额二十万元以上，又足以严重危害人体健康，但还没有对人体健康造成严重危害的情况下，生产、销售假药罪的法定最高刑为三年有期徒刑，而生产、销售伪劣产品罪的法定最高刑为七年，因此，应按生产、销售伪劣产品罪定罪量刑，若生产、销售假药销售金额在二百万元以上，同时对人体健康造成了严重危害，但还没有致人死亡或者对人体健康造成其他特别严重危害的，生产、销售伪劣产品罪的法定最高刑为十五年有期徒刑，生产、销售假药罪的法定最高刑为十年有期徒刑。因此，也应按生产、销售伪劣产品罪定罪量刑。

（3）生产、销售假药罪与诈骗罪的界限

生产、销售假药罪突出一个“骗”字，即以假药骗取钱财，因此与诈骗罪有相似之处，但两者相比较而言，有如下主要区别：1、侵犯的客体不同。生产、销售假药罪侵犯的客体，是国家药政管理制度和公民生命权、健康

权；而诈骗罪侵犯的则是公私财物的所有权。2、客观方面的表现不同。生产、销售假药罪在客观方面表现为生产、销售假药，足以严重危害人体健康的行为；而诈骗罪的客观方面则是行为人纯粹采取虚构事实、隐瞒真相的方法，使财物所有人、管理人信以为真，从而自愿交出财物的行为。3、定罪的标准不同。生产、销售假药罪以是否足以严重危害人体健康为构成本罪的标准；而诈骗罪则以诈骗公私财物的数额较大为构成本罪的标准。从理论上讲、二者容易区分，只是司法实践中存在以假药骗取他人数额较大财物的案件与生产、销售假药犯罪容易相混淆。以假药骗取数额较大财物的案件，其目的是骗取他人数额较大的财物，纯粹是以假药作为骗取对方信任的手段来骗取他人财物，其假药并不足以危害人体健康，以定诈骗罪为宜。

4.处罚

第 141 条和第 150 条规定，犯生产、销售假药罪的，处 3□年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处销售金额 50%以上 2 倍以下罚金。犯生产、销售假药罪对人体健康造成严重危害的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处销售金额 50%以上 2□倍以下罚金。犯生产、销售假药罪致人死亡或者对人体健康造成特别严重危害的，处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处销售金额 50%以上 2 倍以下罚金或者没收财产。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

二、生产、销售伪劣产品罪与他、其他的生产、销售伪劣商品罪的界限

除在第 140 条中规定了生产、销售伪劣产品罪外，还在第 141 条至 148□条中规定了生产、销售假药罪，生产、销售劣药罪，生产、销售不符合卫生标准的食品罪，生产、销售有毒、有害食品罪，生产、销售不符合标准的医用器材罪，生产、销售不符合安全标准的产品罪，生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪。第 141□条至第 148 条所规定的假药、劣药、不符合卫生标准的食品等伪劣产品，□属于特殊的伪劣产品。这样，生产、销售伪劣产品罪便与其他生产、销售伪劣商品的犯罪形成一般与特殊的关系。第 149 条规定，生产销售第 141 条至第 148 条所列产品，□不构成各该条规定的犯罪，但是销售金额在 5 万元以上的，依照第 1 40 条的规定定罪处罚，□即以生产、销售伪劣产品罪论处；生产、销售第 141 条至第 14 8 条所列产品的，□构成各该条规定的犯罪，同时又构成第 140 条规定之生产、销售伪劣产品罪的，□依照处罚较重的规定定罪处罚。

第三节　走私罪

一、重点罪（走私淫秽物品罪；走私普通货物、物品罪）

（一）走私淫秽物品罪

1．定义

走私淫秽物品罪，是指以牟利或者传播为目的，走私淫秽物品的行为。

2．特征

本罪属于走私罪的一种。走私罪具有下列一般构成要件：

（1）主体是一般主体，自然人和单位均可以成为走私罪的主体。个别犯罪，如武装走私罪，只能由自然人构成。

（2）客体是复杂客体，即国家对外贸易管理制度和社会管理秩序。

本罪的犯罪对象为淫秽物品，所谓淫秽物品，是指具体描绘性行为或者露骨宣扬色情的诲淫性的书刊、影

片、录像带、录音带、图片及其他淫秽物品。有关人体生理、医学知识的科学著作不是淫秽物品，包含有色情内容的有艺术价值的文学、艺术作品不视为淫秽物品。

1988 年 12 月新闻出版署发布实施的《关于认定淫秽出版物及色情出版物的暂行规定》对淫秽出版物提出了一个比较具体的认定标准，即整体上宣扬淫秽行为，具有下列七种内容之一，挑逗人们的性欲，足以导致普通人腐化堕落，而又没有艺术价值或者科学价值的出版物，就是淫秽出版物：1、淫亵性地具体描写性行为、性交及其心理感受；2、公然宣扬色情淫荡形象；3、淫亵性地描写或者传授性技巧；4、具体描写乱伦、强奸或者其他性犯罪的手段、过程或者细节，足以诱发犯罪的；5、具体描写少年儿童的性行为；6、淫亵性具体描写同性恋的性行为或者其他性变态行为，或者具体描写与性变态有关的暴力、虐待、侮辱行为；7、其他令普通人不能容忍的对性行为的淫亵性描写。

根据上述“淫秽物品”的定义和认定标准，淫秽物品分为以下几类： 1、淫秽音像制品，如电影胶片、电视片、录像带、幻灯片、激光视盘或者淫秽录音带、唱片、激光唱盘等；2、淫秽读物，如原版的境外淫秽书刊画报，境内出版社出版的外国、港澳台淫秽色情小说，境内不法分子翻印制作的港澳台淫秽小册子以及翻印的中国古代淫秽书籍、淫秽抄本；淫秽宣传品；3、淫秽图照，如诲淫的裸体男女或男女性交、变态性行为的图片；4、淫秽实物，即实物本身就是淫秽物品，而不是指印有图画的实物；5、淫药，参见卫生部、公安部、海关总署联合发布的《关于严格查禁淫药的通知》附件《淫药品种表》；6、淫秽游戏软件、它是以计算机和游戏机作为演示和传播媒介的；7、其他淫秽物品。司法实践中，还可以根据一定的司法程序对难以认定是否淫秽物品的进行认定。对此，1987 年 12 月最高人民法院、最高人民检察院、公安部、新闻出版署、电影电视部、国家工商局联合颁布的《依法查处非法出版犯罪活动工作座谈会纪要》明确指出：“关于淫秽物品的鉴定问题，与会同志一致同意鉴定淫秽出版物时，司法机关应委托当地省、自治区、直辖市出版主管部门组织具有专门知识和一定政治素养的人进行鉴定。淫秽出版物的鉴定必须有三名以上出版主管部门指派，经司法机关聘请的人进行，鉴定后，应写出鉴定书；鉴定人、指派鉴定的单位应在鉴定书上签字或者加盖印章，鉴定书应当具体地写明鉴定结论的根据……”。

（3）主观方面是出于故意，而且必须以牟利或者传播为目的。所谓以牟利为目的，是指行为人走私淫秽物品是为了出卖、出租、放映或通过其他方式而获取钱财或者其他非法利益；所谓以传播为目的，是指行为人走私淫秽物品不仅是为了自用而是意图在社会上进行扩散。行为人牟利或者传播的目的是否实现，不影响本罪的成立，但如果行为人确实没有牟利或者传播的目的，为个人使用，夹带少量淫秽物品出入境，即使其走私淫秽物品出于故意，也不构成本罪。如果行为人确实不知是淫秽物品而运输、携带或者邮寄其进出境的，由于他不具有走私淫秽物品的故意，则不能认为其构成本罪。如果行为人为了自用、赠友、受他人委托代买而携带、夹带少量淫秽物品人境的，因其没有牟利或传播的目的一般也不宜以犯罪认定，而是走私淫秽物品的一般违法行为。

审判实践中，淫秽物品的数量既是确定走私行为是否达到犯罪程度的主要标准，也是认定行为人是否具有牟利或者传播目的的标志。根据 1990 年 7 月 6 日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理淫秽物品刑事案件具体应用法律的规定》走私淫秽录像带 5 一 10 盒以上，淫秽录音带 10 一 20 盒以上，淫秽扑克、书刊、画册 10 一 20 副（册）以上，或者淫秽照片 50 一 100 张以上的，可以认为是牟利或者传播为目的，追究刑事责任。

（4）表现为违反海关法规、逃避海关监管走私淫秽的影片、录像带、录音带、图片、书刊或者其他淫秽物品的行为。

所谓违反海关法规，主要是指违反了《海关法》及国家其他有关禁止淫秽物品进出口的规定，如 1982 年的中共中央、国务院《关于严禁淫秽物品的规定》及海关总署的《关于查禁淫秽物品进出口的实施办法》等法规。所谓逃避海关监管，是指采取各种不正当的方式，躲避海关对其所运输、携带或邮寄的淫秽物品进行监督、

管理和检查。有的采取绕过关口形式，不经过海关或边防检查站，而将淫秽物品非法携带、运输进出国（边）境；有的刚采取通过关口，但企图以隐匿、伪装、不如实申报等手段欺骗海关检查人员，蒙混过关；还有的则企图通过海、陆、空等运输线邮寄而逃避海关监管。如果行为人没有逃避海关监管，即使违反了海关法规，并且实施了非法运输、携带、邮寄淫秽物品进出国（边）境的行为，亦不能构成本罪。如行为人对所携带物品进行如实申报的。就不应以该罪论处。

此外，对于那些直接向走私淫秽物品的罪犯收购淫秽物品的；或者在领海、内海收购、贩卖、运输淫秽物品的；以及与走私淫秽物品的罪犯通谋，为其提供贷款、资金、帐号、发票、证明，或者为其提供运输、保管、邮寄或其他方便条件的也应以走私淫秽物品罪论处。

3．认定

（1）本罪与非罪的界限

区分走私淫秽物品罪与非罪、应重点从以下几个方面予以把握：

1、在主观方面，走私淫秽物品罪须具有故意和牟利或传播的目的才能构成。所以如果行为人不知道其所运输、携带、邮寄进出境的是淫秽物品，而认为只是一般物品，即使其故意以藏匿、伪装、瞒报、伪报或其他方式逃避海关监管，因为这种故意内容不是走私淫秽物品罪的故意内容，故而不能认为是走私淫秽物品罪。如果走私物品的数量又较小，只能认定为一般走私行为。其次，即使故意逃避海关监管，运输、携带、邮寄淫秽物品进出境，但行为人的目的不是为了牟利或传播，也不能认为其构成走私淫秽物品罪。

2、在客观方面，如果行为人所走私的并非淫秽物品，不能认定构成本罪，走私一些格调不高，对人们身心健康有一定毒害，但整体上看不属于淫秽物品的物品，一般不构成犯罪。

3、从数量上看，尽管本罪的成立不要求数量限制，但如果行为人走私淫秽物品的数量微不足道，且从整个案情来看属于情节显著轻微，危害不大的情况，一般不宜以犯罪论处。

（2）本罪与制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品罪的界限

所谓制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品罪，是以牟利为目的，制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品的行为。它与走私淫秽物品罪在犯罪对象以及主观目的上有一致的地方，而且，走私淫秽物品罪的犯罪分子往往也具有制作、复制、出版、贩卖、传播等行为表现，所以两罪有相似的地方。但两罪所侵犯的客体有很大的差异，制作、复制、、出版、贩卖、传播淫秽物品罪侵犯的客体是国家对于文化市场的管理秩序和社会道德风尚，而走私淫秽物品罪的客体是国家对外贸易管制，客体的差异是两罪区别的关键。所以，凡是以牟利或传播为目的，直接向走私人非法收购淫秽物品的；在内海、领海运输、收购、贩卖淫秽物品的；走私分子逃避海关检查进人国内以后，自己出卖淫秽物品的；走私集团的成员分工在国内负责制作、贩卖淫秽物品的，受走私团伙的收买、指使、帮助制作、贩卖淫秽物品的，对上述这些行为，因为侵犯的是国家对外贸易管制，所以应认定为走私淫秽物品罪。

4．处罚

第 152 条规定，犯本罪的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金。犯本罪情节严重的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。犯本罪情节较轻的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。单位犯本罪的，□对单位判处罚金，并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。情节严重是指行为人走私淫秽物品数量较大或者巨大，多次走私淫秽物品，走私淫秽物品有暴力、威胁抗拒缉私行为的，等等。情节较轻是指行为人的走私淫秽物品的行为，已经构成犯罪，但情节相对较轻的情形。情节较轻，一般是指行为人走私的淫秽物品数量较少，初次进行走私淫秽物品行为，等等。

（二）走私普通货物、物品罪

1．定义

走私普通货物、物品罪，是指走私毒品、武器、弹药、伪造的货币、国家禁止出口的文物、珍贵动物及其

制品、黄金、白银或者其他贵重金属、珍稀植物及其制品、淫秽物品以外的其他货物、物品，偷逃应缴税额在5万元以上的行为。

2．特征

（1）主体为一般主体，即达到刑事责任年龄且具有刑事责任能力的自然人均能构成本罪。依本条第2款之规定，单位亦能成为本罪主体。

（2）客体是国家对外贸易管制。其对象是除武器、弹药、伪造的货币，国家禁止出口的文物、黄金、白银和其他贵重金属，国家禁止进出口的珍贵动物及其制品、珍稀植物及其制品、淫秽物品、毒品、固体废物以外的一切货物与物品。根据国家是否禁止、限制的不同，又可以分为3种情况：

其一，国家禁止进出口的货物、物品，主要有：对国家政治、经济、文化、道德有害或内容涉及国家秘密的印刷品、手稿、图片、胶卷、音像制品、软件等物品；烈性毒药、带有危险性病菌、害虫及其他有害生物的动植物及其制品；有碍人畜健康，来自疫区或者其他能传播疾病的仪器、药品等；按规定允许携带除外的人民币；濒危和珍贵植物（含标本）及种子和繁殖材料；侵犯知识产权的货物、物品；国家禁止进出口的一般性动物及其产品；等等。

其二，国家限制进出口的货物、物品，即国家对其进出口实行配额或者许可证管理的货物、物品，如烟、酒、汽车、摩托车、电视机、电冰箱、计算器、个人电脑、外币及有价证券、通信保密机、无线电收发报机、贵重中药材及其成药等。

其三，国家不禁止、不限制进出口但应缴纳关税的货物、物品，如服装、精矿、海蛰、淡水鱼、虾、土特产品等出口物品；陶瓷、塑料、化妆品、玻璃制品、造纸原料等进口物品。

（3）主观方面是故意，实践中行为人一般都以营利为目的。

（4）客观方面表现为违反海关法规，逃避海关监管。走私枪弹等违禁品以外的其他货物、物品进出境，情节严重的行为。根据走私普通货物、物品罪行为方式的具体不同，走私普通货物、物品罪可以区分为以下几种情况：

1、非法运输、携带或邮寄武器、弹药等违禁品以外的其他货物、物品进出境

根据修订后的本条的规定，只有非法运输、携带或邮寄武器、弹药、核材料、伪币、珍贵动物及其制品、贵重金属、珍稀植物、淫秽物品等违禁品之外的其他货物、物品的，才构成走私普通货物、物品罪。

普通货物、物品主要是指应纳税的、国家允许进出口的货物、物品。对于这类物品，国家并不禁止或限制进出口，但根据国民经济发展和社会发展的需要，又必须通过征收关税对其需求进行适当的调节。一般来说，只要对我国国计民生不发生重大影响，对我国国内经济发展不发生重大影响的货物、物品，如我国的服装、土特产品，国外的玻璃制品、化妆品等都可以自由进出口，但是必须依法缴纳关税。

2、擅自出售保税货物、特定减免税货物、捐赠进口货物和物品，以及假借捐赠名义进口货物、物品

（1）未经海关许可并且未补缴关税，擅自将批准进口的来料加工、来件装配、补偿贸易的原料、零件、制成品、设备等保税货物在境内销售牟利。

根据我国《海关法》第57条规定，保税货物是指经海关批准未办理纳税手续进境，在境内储存、加工、装配后复运出境的货物。保税货物入境时未缴纳关税，因此不能象其他国内商品一样可以在市场上流通，如果因客观情况发生变化，保税货物不能复运出境需转入国内市场的，必须事先经过海关批准并补缴关税，如果行为人不经允许擅自采取隐瞒、欺骗手段在境内出售的，即属于走私行为。

（2）未经海关许可并且未补缴关税，擅自将捐赠进口货物、物品或者其他特定减免税货物、物品在境内销售牟利。

根据《海关法》第40条规定，经济特区等特定地区进出口的货物、中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业等特定企业进出口的货物，有特定用途的进出口货物，用于公益事业的捐赠物资，可以减免或者免征

关税。特定减免或者免税的范围和办法由国务院规定。根据上述规定，国务院批准的海关总署《对进出经济特区的货物、运输工具、行李物品和邮寄物品的管理规定》第 9 条和《关于中外合资经营企业进出口货物的监管和征免税规定》第 4 条分别对经济特区进口的减免税货物、物品和中外合资经营企业进口的免税货物、物品作了具体规定。此外，属于特定减税、免税货物的还包括企业为进行技术改造而必须引进的仪器、设备；学校、科研机构专为教学科研而用的某些设备、器材等。

根据《海关法》及其他海关法视的规定，特定减免税货物、物品，只能用于特定地区、特定企业或按特定用途使用。因为对这些货物、物品实行减税或者免税，是国家为了促进经济发展或其他社会发展需要而给予某些地区或单位的优惠政策，这些货物、物品的流通、使用就必须受到一定的限制，不能任意让其流人市场，否则就等于境内任何地区、单位都可以通过这一渠道减税或免税进口货物，这势必破坏国家的对外贸易管制，影响国家经济建没，因此我国法律将擅自出售特定减免税货物、物品规定为走私行为予以惩治。

3、间接走私普通货物、物品行为

根据本法第 155 条的规定，直接向走私人非法收购走私进口的一般货物、物品数额较大的，或者在内海、领海运输、收购、贩卖国家限制进出门的货物、物品等以外的其他违禁品，数额较大，没有合法证明的，以及伪造、买卖海关单证及进出口许可证用于走私一般货物、物品的应以走私普通货物、物品罪论处。

这种间接走私行为又可称之为准走私行为或者牵连走私行为，因为这类行为的主体并没有直接从事走私活动，但其行为又与走私有很密切的联系，甚至有的行为人与走私分子之间达成了一种默契。由于这些行为的存在，使走私的货物、物品得以迅速销售、扩散，使走私分子的目的得以实现，因而这类行为与走私行为一样对国家外贸管制造成破坏，情节严重的也应以走私普通货物、物品罪论处。

上述行为中，“直接向走私人”非法收购是指明知对方是走私分子，并且直接向其收购走私货物、物品；“没有合法证明”是指不符合我国的进出口许可证制度。根据我国法律规定，进出口商品一般必须从国家指定机关领取进出口许可证制度，但经国家批准有权经营进出口业务的单位，在其批准的经营范围内，可以凭进出口单证进出境，既无“许可证”又无“单证”的，即属没有合法证明，行为人的行为构成走私；“海关单证”是指进出口货物、物品时向海关进行申报的专用单证，如报税单等；“进出口许可证”是指国家外贸管理机关签发的允许货物、物品进口或出口的凭证。

上述走私行为，必须是“情节严重”的才构成走私普通货物、物品罪。所谓“情节严重”，一般应以走私货物、物品偷逃应缴税额数额达到较大为标准。根据本条的规定，走私一般货物、物品的，价额达到 5 万元以上就可以视为数额较大。除此之外，武装掩护走私、以暴力、威胁方法抗拒缉私的，则可直接视为“情节严重”而认定其构成走私普通货物、物品罪。

3．处罚

第 153 条规定，犯本罪偷逃应缴税额在 5 万元以上不满 15 万元的，处 3□年以下有期徒刑或者拘役，并处偷逃应缴税额 1 倍以上 5 倍以下罚金。犯本罪，偷逃应缴税额在 15 万元以上不满 50 万元的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处偷逃应缴税额 1 倍以上 5 倍以下罚金；情节特别严重的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，□并处偷逃应缴税额 1 倍以上 5 倍以下罚金或者没收财产。犯本罪，偷逃应缴税额在 50 万元以上的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处偷逃应缴税额 1 倍以上 5 倍以下罚金或者没收财产；情节特别严重的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

二、走私普通货物、物品罪与走私其他特定物品罪的界限

重点把握走私对象的不同，以及因此而造成的在认定罪与非罪过程中走私数额、情节上的差别。

第四节　妨害对公司、企业的管理秩序罪

一、重点罪（虚报注册资本罪；虚假出资、抽逃出资罪；妨害清算罪）

（一）虚报注册资本罪

1．定义

虚报注册资本罪，是指申请公司登记使用虚假证明文件或者采取其他欺诈手段虚报注册资本，欺骗公司登记主管部门，取得公司登记，虚报注册资本数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为。

2．特征

（1）主体是特殊主体，即申请公司登记的人或单位。公司是指依照公司法在中国境内设立的有限责任公司和股份有限公司，根据公司法的规定，有限责任公司的“申请公司登记的人”是由全体股东指定的代表或者共同委托的代理人，股份有限公司的“申请公司设立的人”是董事会，单位犯本罪的，同时也要对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员追究刑事责任。

（2）客体是国家公司登记管理制度。公司作为市场经济中极为重要的主体，在市场经济活动中占据极为重要的作用，为提高公司的公示性和安全性，我国建立了公司登记制度。公司未经登记不得设立。我国公司法和公司登记管理条例对公司的登记作了比较详尽的规定，如登记程序、登记注册事项等。根据公司法及公司登记管理条例的规定，注册资本就是登记注册事项的主要内容之一。如果虚报登记注册资本，就违反了公司登记对注册资本的特别要求，数额巨大的就会给社会带来巨大损失，因此公司法第209条对此加以明确规定，并规定构成犯罪的要依法追究刑事责任。

本罪的犯罪对象是注册资本。所谓注册资本。是指有限责任公司和股份有限公司的股东在公司登记机关登记的股东实际缴纳的出资总额。作为公司经营资本的一部分，注册资本是公司承担风险、偿还债务的一项基本保证。我同公司法对公司注册资本都作了严格的限制。公司法针对有限责任公司的不同经营范围，分别作了注册资本的最低限额规定，对以生产经营为主和以商品批发为主的有限责任公司的注册资本规定不得低于人民币50万元；对以商业零售为主的有限责任公司的注册资本规定不得低于人民币30万元；对科技开发、咨询、服务性有限责任公司的注册资本规定不得低于人民币10万元。公司法还规定股份有限公司的注册资本最低限额为1000万元。行为人虚报注册资本，取得登记设立公司，极大危害了社会主义市场经济秩序，对资本和债务安全构成重大威胁，应予以刑法打击。

（3）主观方面只能由故意构成。犯罪的目的就是为了欺骗公司登记机关，非法取得公司登记。过失不构成本罪，对于确实不知道公司登记条件，或者因工作疏忽造成注册资本虚假的，不能构成本罪。

（4）客观方面表现为使用虚假证明文件或者采取其他欺诈手段虚报注册资本，欺骗公司登记主管部门，取得公司登记，且虚报注册资本数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为。

1、本罪的行为方式是使用虚假证明文件或者采取其他欺诈手段虚报注册资本。这里的证明文件。主要是指公司股东缴纳全部出资或出资认购法定股份后，由依法设立的注册会计师事务所、审计师事务所等法定验资机构依法对申请公司登记的人的出资验资后所出具的验资报告、资产评估报告、验资证明以及出资者所拥有的出资单据、银行帐户及有关产权转让的文件等。这些文件必须真实可靠、不能虚假，否则就应承担相应的法律责任。所谓使用虚假的证明文件，是指向公司登记主管部门提供与实际情况不相符合的、不真实的、伪造的或隐瞒了重要事实的证明文件。既可以是公司登记申请人伪造或篡改的，亦可以是与验资机构中的验资人员恶意串通，从而取得虚假的证明文件等。但不论虚假证明文件来源如何，都不影响本罪成立。至于其他欺诈手段，则是指除使用虚假的证明文件以外的虚报注册资本的手段，如使用虚假的股东姓名、虚构生产经营场所等。但不

论是使用虚假证明文件还是其他欺诈手段，都是为了虚报注册资本，并为虚报注册资本服务。如果与虚报注册资本无关，则不能构成本罪。虚报注册资本是指公司实际上没有资本而谎称具有或者虽有资本，但实有资本却少于所申报的资本。具体到本罪，则是行为人不具有登记公司时所应要求的法定注册资本最低限额却说其有，如实交纳股本或出资额低于法定注册资本最低限额却说已达到最低额；或者虽然达到了注册资本的最低限额，但是由于将出资中的实物、工业产权、非专利技术、土地使用权等作价高于其实际价格而产生实际资本与注册资本不符等。

2、行为人通过欺骗公司登记主管部门，取得了公司登记。行为人使用虚假证明文件或采取其他欺诈手段虚报注册资本的行为是申请公司登记的单位或个人在申请公司登记时针对公司登记主管部门即工商行政管理机关实施的。如果实施上述行为不是为登记公司而对公司登记主管部门进行的，则不构成本罪。如利用虚假证明文件与他人签订经济合同，诈骗钱财，则就不能构成本罪，构成犯罪，也应依他罪如合同诈骗罪定罪处罚。行为人只有欺诈登记的行为，但即时被公司登记主管部门发现，而没有取得公司登记，也不能构成犯罪，但公司登记主管部门可依照有关行政法规予以处罚。

必须达到情节严重的程度、才能构成本罪。所谓情节严重，是指虚报注册资本数额巨大、后果严重或者具有其他严重情节。何谓虚报注册资本数额巨大，法律没有明确规定，还有待于最高司法机关作出司法解释。所谓后果严重，主要是指使用欺诈手段，欺骗公司登记主管部门取得公司登记后，非法营利数额较大；严重损害公司登记机关的威信；造成恶劣的政治影响；给国家、社会或公司利害关系人造成严重损害等情况。至于其他严重情节，则是指除虚报注册资本数额巨大、后果严重之外的其他足以认定为构成犯罪的情节，如多次进行欺诈登记公司的；利用行贿方式进行欺诈登记的；出于诈骗等违法犯罪活动的卑劣动机进行欺诈登记的等等情形。

3．处罚

第 158 条规定，犯本罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处虚报注册资本金额 1%以上 5%以下罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处 3 年以下有期徒刑或者拘役。

（二）虚假出资、抽逃出资罪

1．定义

虚假出资、抽逃出资罪，是指公司发起人、股东违反公司法的规定未交付货币、实物或者未转移财产权，虚假出资，或者在公司成立后又抽逃其出资，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为。

2．特征

（1）主体是特殊主体，即公司发起人或者股东。所谓公司发起人是指依法创立筹办股份有限公司事务的人。股份有限公司的股东是不确定的社会公众，不仅人数多，且相互间关系非常松散，并有随股票转让的可变性，所以，创设股份有限公司时，不可能存在全体股东共同协商设立股份有限公司的情况。必须有一些人或单位依照法律的规定，筹办创立股份有限公司所需做的各项事务，如向国务院授权的部门或省政府报批、制订公司章程、举行创立大会、公告招股说明书、签订承销协议等等。这些人和单位就是公司发起人。

根据公司法的规定，作为股份有限公司的发起人应当具备下列条件：1、发起人可以是自然人，也可以是法人。前者包括中国人、外国人或者海外侨胞；后者既包括具有法人资格的中国企业、事业单位、社会团体，也包括到我国投资设厂的外国法人以及其他经济组织。2、发起人应当 5 人以上。3、发起人中必须过半数的人在中国境内有住所。如果是国有企业改建为股份有限公司的，发起人可少于五人，但应当采取募集设立方式。所谓股东是指公司的出资人。股份有限公司的股东其资格在一般情况下都没有限制，根据公司法规定，自然人、法人、国家都可以依法成为股份有限公司的股东。有限责任公司的股东即公司的出资人，依公司法规定，公民、法人、国家以及外商投资者均可以成为有限责任公司的股东。但当国家成为股东时，应通过授权投资的部门或者机构进行，公司法第 20 条第 2 款即对此明确规定：“国家授权投资的机构或者国家授权的部门可以单独投资设

立国有独资的有限责任公司"。

（2）客体是国家公司资本管理制度。为了稳定公司的注册资本及其正常运作，国家特地通过公司法对我国有限责任公司和股份有限公司的出资方式、额度、转移出资或抽回股本的原则作了规范性规定，以实现国家对《公司法》规定的各类公司的监督管理。公司股东或发起人虚假出资，会在事实上使公司的注册册资本大大低于其登记注册的资本甚或陷于虚无，从而使公司成为在事实上没有权利能力或责任能力的空壳子公司；而擅自抽逃公司出资或股本的行为，实质上是对其他股东的擅自单方解约，这种单方解约的当然后果也是注册资本的减少，并易导致公司因难以正常运营而终止。由于公司是当前我国市场经济条件下的主要商事主体，因而公司的注册资本、股本及其设立与终止是否稳定，对稳定市场经济条件下的交易秩序极为重要。惟其如此，广义看，本罪的被害人除依法认足并缴足出资或股金的公司的其他股东、发起人外，还包括受到欺诈的公司的债权人及其与公司发生经济往来的公司的客户单位、用户单位、合作单位等社会上特定的、不特定的公司合约相对人等。

（3）主观方面是故意，即故意未交付货币、实物或者未转移财产权、虚假出资，或抽逃出资。对于由于某种过失造成虚假出资的，不应作为犯罪处理。例如对非货币出资的评估出现一些误差造成的虚假出资等。这是因为货币以外的财产价值不能自我表现，且经常在变动中，有些工业产权和非专利技术本身的使用价值和经济效益具有很大的不确定性，由于种种原因造成评估误差较难避免，只要不是故意的，都不能追究其刑事责任。

（4）客观方面表现为违反公司法的规定，未交付货币、实物或者未转移财产权，虚假出资，或者在公司成立后又抽逃其出资，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为。具体地表现为以下三方面：

1、必须是违反公司法有关出资规定的行为

股份有限公司和有限责任公司本身的特有性质，决定了公司的发起人、股东出资的多少，直接关系到股东在公司中所享受的权利和承担义务的大小。而是否能按照公司法的规定，真实地足额地出资则又直接关系到公司能否正常地运转、公司承担责任的能力以及债权人和社会公众的利益。因此，公司法对股份有限公司的发起人、有限责任公司的股东的出资方式和履行出资义务都作了明确规定。公司法第 80 条规定："发起人可以用货币出资，也可以用实物、工业产权、非专利技术、土地使用权作价出资。对作为出资的实物、工业产权、非专利技术或者土地使用权，必须进行评估作价，核实财产，并折合为股份。"发起人以工业产权、非专利技术作价出资金额不得超过股份有限公司注册资本的百分之十"。第 82 条规定："以发起设立方式设立股份有限公司的，发起人以书面认足公司章程规定发行的股份后，应即缴纳全部股款；以实物、工业产权、非专利技术或者土地使用权抵作股款的，应当依法办理其财产权的转移手续"。第 83 条规定："以募集设立方式设立股份有限公司的，发起人认购的股份不得少于公司股份总数的百分之三十五"。另根据公司法第 24 条、第 25 条规定，有限责任公司的股东可以用货币出资，也可以用实物、工业产权、非专利技术、土地使用权作价出资。同时，有限责任公司的股东应当足额缴纳公司章程中规定的其所认缴的出资金额。其中，对以货币出资的，应当将货币出资足额存入准备设立的有限责任公司在银行开设的临时帐户；以实物、工业产权、非专利技术或者土地使用权出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。公司法亦规定，有限责任公司的股东以工业产权、非专利技术作价出资的金额也不得超过有限责任公司注册资本的 20%.对作为出资的实物、工业产权、非专利技术或者土地使用权必须经过评估作价，依照法律、行政法规的规定办理。

值得强调的是，对于股份有限公司，除公司发起人可以采用以实物等五种出资方式当中的任何一种进行出资外，其他股东都不得用实物、工业产权、非专利技术或者土地使用权的方式出资，而只能以货币购买公司股票的方式而成为公司的股东。

公司法以上的规定，都是对公司发起人、股东出资所作的规定，违反这些规定就是上述所称的违反公司法有关出资规定的行为。

2、必须有虚假出资或抽逃出资的行为

第一，违反公司法的规定未交付货币、实物或者未转移财产权，虚假出资的。

按照公司法的规定，股份有限公司的发起人必须认购其应认购的股份。其中，以发起方式设立者，发起人应认购公司应发行的全部股份而设立公司：以募集方式设立者，发起人所认购的股份不得少于公司股份总数的35%，其余股份向社会公开募集。但由于响应其募集的认股人，在公司成立前既不具有发起人身份又不具有股东身份，即不具有本罪主体资格，因而本罪所谓违反公司法的规定未交付货币、实物或者未转移财产权者，对股份有限公司而言，仅指发起人，一般不包括发起人之外的认股人。根据公司法的规定，股份有限公司的发起人本应在召开公司创立大会之前缴足其认购的股款；而有限责任公司的股东则应在申请公司登记之前足额缴纳公司章程中规定的各自认缴的出资额。出资或缴股的方式大致相同：都是既可以是货币、实物，也可以工业产权、非专利技术或土地使用权作价出资或折股。基于此，所谓违反公司法的规定未交付货币、实物或者未转移财产权，虚假出资的行为，主要表现为：

（1）以货币方式出资的有限责任公司股东，未在法定期限内将其认缴的货币足额存入准备设立的有限责任公司在银行开设的临时帐户：

（2）以货币方式缴股的股份有限公司的发起人，未在法定期限内缴纳其以书面形式认缴全部股款；

（3）以实物、工业产权、非专利技术或者土地使用权出资或者抵作股款的股东、发起人未在法定期限内依法办理其财产权的转移手续。

第二、违反公司法规定，在公司成立后又抽逃其出资的。公司的发起人、股东在公同成立后，抽逃其出资的行为是《公司法》第209条所明令禁止的行为。所谓抽逃出资，包括在公司成立后，非法抽问其出资和转走其出资两种方式。例如抽回其股本、转走其作为股金存入银行的资金、将已经作价出资的房屋产权、土地使用权又转移于他人等。但是，要注意将抽逃出资与合法转让其出资区别开来。合法转让出资，只是更换股东，其资金仍属公司占用的资本。

3、必须是数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为。“数额巨大、后果严重或者有其他严重情节”是划清本罪与非罪的主要界限。行为人虚假出资或者抽逃出资如果数额不大、后果不严重，也没有其他严重情节的，就不能构成本罪。

以上三方面缺一则不构成本罪，本罪是选择性罪名，行为人只要是违反公司法的规定，实施了虚假出资或抽逃出资，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节时，就可构成本罪，不须虚假出资、抽逃出资同时具备。

3．认定

（1）本罪与虚报注册资本罪的界限

二者都是违反公司的行为，并且都有虚假出资欺诈行为，二者的区别主要在于：(1)犯罪主体不同。本罪的犯罪主体是公司的发起人、股东；而虚报注册资本罪的犯罪主体是申请公司登记的人；(2)诈欺的对象不同。本罪诈欺的对象主要是本公司的其他股东或发起人、认股人；而虚报注册资本罪的诈欺对象主要是公司登记主管部门；(3)行为方式不尽相同。本罪的行为方式除有虚假出资外，还包括抽逃出资行为；而虚报注册资本罪者，没有抽逃出资行为；(4)行为发生的时间不同，本罪行为既可能发生在公司成立之前、也可能发生于成立之后；而虚报注册资本罪的行为只能发生在公司登记过程之中、成立之前。

（2）本罪与诈骗罪的界限

本罪是公司发起人、股东违反公司法规定的出资义务，未出资或抽逃出资而欺骗其他股东、债权人和社会公众、虚假或抽逃出资数额巨大、后果严重、情节严重的欺骗行为。诈骗罪是以非法占有为目的，采取虚构事实或隐瞒事实真相的方法，骗取数额较大的公私财物的行为。二罪在隐瞒事实真相、骗取他人方面有相似之处，但二者在犯罪特征上有本质的不同。(1)在客体方面，本罪侵害的客体是公司或债权人的权益及公司财产管理制度。而诈骗罪侵害的客体是公私财产所有权。(2)在犯罪对象上，本罪只是行为人自己应缴纳的资产份额，具有特定性；诈骗罪则是公私财物，具有不特定性。(3)在客观方面，本罪行为人的欺骗行为是为了使他人相信自己已履行法定出资义务，因此并不表现为非法占有的直接目的；而诈骗罪的诈骗行为在于让财物所有人或

占有人“”自愿“将财物交给行为人，表现出非法占有的目的。(4)在主体方面，本罪为特殊主体，即公司发起人、股东；而诈骗罪为一般主体。(5)在主观方面两罪虽同为故意，但其动机和目的有所不同。

(3)本罪与职务侵占罪的界限

本罪与职务侵占罪在犯罪主体上有相似之处，在犯罪客体方面都侵犯了公司的财产权，并损害了其他股东、债权人和社会公众的合法权益，但二者在本质上是有区别的：(1)犯罪对象有所不同。本罪所侵犯的对象为本公司的注册资本，具有特定性；而职务侵占罪所侵犯的对象为本公司、企业的财物，这里的财物不限于本公司，还包括非公司化的本企业，这里的财物泛指一切有经济价值的钱财和物质，包括有形的，无形的(如电、煤气等)动产、不动产等等。(2)在客观方面，本罪表现为行为人违反公司法的规定虚假或抽逃出资，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为。而职务侵占罪表现为行为人利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。(3)在主体方面，二者虽同为特殊主体，但其特定范围有所不同。本罪主体是公司发起人、股东；而职务侵占罪的主体是公司、企业或者其他单位的人员，范围较前者要广得多。(4)在主观方面，二者都出于故意，但本罪没有将本单位财物非法占为已有的目的，职务侵占罪则有此目的。

(4)本罪与挪用资金罪的界限

本罪与挪用资金罪在犯罪主体、客体及主观方面有相似之处，但二者在本质上有区别：(1)在主体方面，本罪主体为公司发起人、股东；而挪用资金罪的主体是公司、企业或者其他单位的工作人员，范围较前者要广。(2)在主观方面，二者同为直接故意，但挪用资金罪有非法暂时取得本单位资金使用权的目的，而本罪无此目的。(3)在客体方面，两罪同样侵犯了公司的财产权，但本罪侵犯的对象是公司的注册资本，而挪用资金罪侵犯的是本单位的资金，包括流动资金、固定资金。(4)在客观方面，本罪表现为行为人虚假出资或抽逃出资数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为，而挪用资金罪表现为行为人利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用或者借款给他人、数额较大，超过三个月未还的，或者虽未超过三个月，但数额较大、进行营利活动的，或者进行非法活动的行为。

4．处罚

第159条规定，犯本罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处虚假出资金额或者抽逃出资金额2%以上 10%以下的罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处5年以下有期徒刑或者拘役。

(三)妨害清算罪

1．定义

妨害清算罪，是指公司、企业进行清算时，隐匿财产，对资产负债表或者财产清单作虚伪记载或者在未清偿债务前分配公司、企业财产，严重损害债权人或者其他人利益的行为。

2．特征

(1)主体是特殊主体，即进行清算的公司、企业。由于公司、企业已依法解散、被责令关闭或者被宣告破产，已经停止对外进行经营活动，公司、企业原来的代表人已不能进行有法律意义的活动，而应由清算组代表公司、企业清理财产、处理清算有关的公司、企业未了结的业务、清缴所欠税款、清理债权债务、处理清偿债务后的剩余财产、代表公司、企业参与民事诉讼活动，所以，构成本罪的犯罪行为实际上是由清算组代表公司、企业所实施的，承担刑事责任的也就是清算组成员中直接负责的主管人员和其他直接责任人员。关于清算组的组成，根据公司法的规定，公司被依法宣告破产的，由人民法院组织股东、有关机关及有关专业人员组成清算组；由于公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现而解散以及股东会议决议解散的有限责任公司的清算组由股东组成，股份有限公司的清算组由股东大会确定其人选，逾期不成立清算组进行清算的，债权人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算；公司因违反法律、行政法规被依法责令关闭而解散的，由有关主管机关组织股东、有关机关及有关专业人员成立清算组进行清算。根据民事诉讼法和企

业破产法（试行）之规定，企业破产清算组成员由人民法院从企业上级主管部门、政府财政部门等有关部门和专业人员中指定。

（2）客体是国家公司、企业管理制度以及债权人或其他人的合法权益。公司、企业清算是公司、企业解散或者结业活动中的一项重要活动。清算的目的，是了结、清理公司、企业的债权债务，保护债权人的利益、并在能够清偿公司、企业债务的情况下，分配公司、企业的所有财产。可见，清算活动与公司、企业股东以及其他债权人、债务人有着直接的经济利害关系。为保护债权人利益，公司法、企业破产法（试行）、民事诉讼法规定公司、企业破产或解散时必须依法成立清算组对公司、企业的财产进行清理，并规定清算组的组成和具体的清算活动都要严格依照法律规定的程序相条件进行。行为人如果在清算组进行清算期间，为了隐匿财产而制作虚假的资产负债表或财产清单，或者在公司、企业债务尚未清偿之前私自分配公司、企业财产，这种行为不仅会造成公司、企业清算工作失去真实的、客观的依据，给公司、企业清算工作增加难度，更为严重的是妨害了对公司、企业财产的清理，侵害了债权人或其他人的合法权益。

（3）主观方面是故意，即明知隐匿公司财产、对资产负债表或者财产清单作虚伪记载，或者清偿债务前分配公司财产会损害债权人或者其他人的利益，而故意实施。过失如因疏忽大意造成资产负债表或财产清单的记载不符合实际情况的不构成本罪。

（4）客观方面表现为在公司、企业清算时，隐匿财产，对资产负债表或者财产清单作虚伪记载或者未清偿债务前分配公司、企业财产，严重损害债权人或者其他人利益的行为。

1、本罪必须发生在公司、企业清算过程中。所谓公司、企业清算，是指因公司、企业解散或者破产，法律规定公司、企业应当清理公司、企业的债权、债务的活动。公司、企业清算主要发生在两种情况下：

（1）公司、企业的解散，它是根据公司、企业的章程规定或者法律规定的条件，公司、企业决定停止对外经营活动，使其法人资格消失的行为。

（2）公司、企业破产，根据公司法、企业破产法（试行）、民事诉讼法的规定，公司、企业因不能清偿到期的债务，被依法宣告破产的，应由人民法院依照有关法律的规定，组织股东、有关机关及有关专业人员组成清算组，对公司、企业进行破产清算。由于公司、企业清算直接关系到债权人及其他人的利益，因而公司法和企业破产法（试行）、民事诉讼法对清算组的组成与活动都作了严格规定。只有实事求是地做好清算工作，理清公司、企业的债权债务关系，依法处理公司、企业的财产，才能减少和避免纠纷，维护正常稳定的经济秩序。

2、本罪的犯罪行为方式有以下几种：

（1）隐匿财产，即采取各种打式隐匿、转移、私藏公司、企业的财产，并隐瞒不报，如将公司存款从甲银行转人乙银行另立帐户，秘密隐藏。隐匿既可以是资金，亦可以是机器设备、生产成品等实物。

（2）对资产负债表或财产清单作虚伪记载。所谓资产负债表，又称资产负债平衡表，是指会计定期核算时以货币形式反映，表示公司、企业一定时期内财产的总体构成状况即公司、企业资金的来源与运用的报表。其以左右平衡式帐户列示出借方又称资产方与贷方即负债方，借方记载资产的运用、贷方记载资产与负债，表示资金的来源、要求借贷双力必须平衡。平衡公式是：资产总额与负债总额的差就是所有者权益即净资产的总额。从表中可分析出公司、企业的财务情况及检查资金的使用情况。所谓财产清单，乃是公司、企业现有财产状况、包括固定资产、流动资金、剩余产品及原材料等的全面反映，是登记公司、企业现有全部财产的单子，资产负债表，公司、企业财产清单，是进行公司、企业清算的重要文件，不得作任何虚伪的记载，所谓虚伪记载，即就是登记资产负债表、财产清单时不实在、不真实或隐瞒了重要事实，即进行虚假记载。如对资产负债情况，故意采取不报、不登、少报、少登、低报、低登等手段，隐瞒或缩小公司、企业的实际财产数额；或多报、多登、高报、高登公司、企业的资产数额，如把厂房、设备、产品的实际价值高估高报，用以多抵、高抵债务；或夸张、缩小公司、企业的资产等等，都是虚伪的记载。

（3）在未清偿债务前，分配公司、企业财产。为了保护债权人、职工乃至国家的利益，公司、企业清算时，

其财产处理应依照下列顺序进行安排：第一，保留足够的金额以及支付清算的费用；第二，支付职工工资和劳动保险费用；第三，缴纳税款；第四，清偿债务；第五，分配剩余财产。这就是说，只有在清偿债务后，即进行第四通财产处分程序后，财产有剩余的，才能予以分配。如果在清偿债务之前就分配财产的，则必然造成对国家、职工、债权人的利益的损害，出此而造成严重后果的，应当予以刑事制裁。

3、本罪的构成还要以行为造成严重的后果为必要。如果只有行为，而没有造成后果或虽有后果却不那么严重，即未造成严重的后果，则不能构成其罪。所谓造成严重后果，是指因行为人妨害清算等的行为造成了债权人和其他利益人的利益严重损害的情况。其中，其他利益人主要是指公司、企业职工、清算组成员及其代表征取公司、企业所欠税款的税务部门等。

3．认定

（1）妨害清算罪罪与提供虚假财会报告罪的界限

本罪与提供虚假财会报告罪在主观上都出于故意，客观上都存在虚伪记载资产负债表或财产清单的行为，但二者有本质区别：1、犯罪主体不同。本罪主体为公司、企业清算组的直接负责的主管人员和直接责任人员，而后者主体则为公司及其直接负责的主管人员和其他直接责任人员。2、侵犯的客体不同。本罪侵犯的是公司、企业清算制度及债权人和其他人的合法权益，后罪则侵犯的是公司财务会计制度及股东和其他人的利益。3、客观方面不同，首先两罪的时间要件不同。本罪只发生在公司、企业清算期间，后罪则是公司正常运作期间。犯罪的行为方式有所不同。本罪表现为隐匿财产、虚伪记载资产负债表和财产清单或者在未清偿债务前分配公司企业财产，而后罪主要表现为编制或者隐瞒重要事实的财务会计报告。4、犯罪目的不同。本罪行为人的目的是逃避公司、企业债务，而后罪则是欺骗股东和社会公众，骗取他们的投资。

（2）妨害清算罪与职务侵占罪的区别

妨害清算罪与职务侵占罪的区别主要在于：1、犯罪主体不同。本罪主体是公司、企业及清算组的直接负责的主管人员和直接责任人员，主要是单位犯罪，而职务侵占罪的主体是公司的人员，包括董事、监事、经理及一般工作人员均可成为犯罪主体，是自然人犯罪。2、犯罪的主观目的不同。本罪的目的是为了逃避公司、企业债务，而职务侵占罪的目的则是为了非法占有公司财产。3、侵犯的客体不同。本罪侵犯的是公司、企业清算制度和债权人及其他人的利益，而职务侵占罪所侵犯的客体是公司、企业财产权及股东的利益。4、客观方面不同。本罪表现为在公司、企业清算期间，隐匿财产、在资产负债表或财产清单上虚伪记载或者在未清偿债务前分配公司、企业财产，严重损害债权人及其他人利益的行为。职务侵占罪则表现为公司、企业或其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。

4．处罚

第 162 条规定，公司、企业犯本罪的，实行单罚制，□即对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处 2 万元以上 20 万元以下罚金。

二、虚报注册资本罪与诈骗罪的界限

这两种犯罪都使用了欺骗的手段，在主观方面也均出于故意，但是这两者在主观目的、侵犯的客体、被害的对象等方面存在着显著的差别。(1)主观的目的不同。虚报注册资本罪的犯罪目的是为了欺骗公司登记机关，非法取得公司登记；诈骗罪的目的是非法占有公司财物。(2)侵犯的客体不同。虚报注册资本罪侵犯的客体是我国的公司登记管理制度；诈骗罪的犯罪客体是公私财物所有权。(3)被害的对象不同。公司登记主管部门是虚报注册资本罪的被害对象，如果行为人使用虚假证明文件或者采取其他欺诈手段虚报注册资本，是为了欺骗对方当事人，而没有去公司登记主管部门申请公司登记，则不够成本罪；诈骗罪的被害对象是公司登记主管部门以外的被害人。

第五节　破坏金融管理秩序罪

一、重点罪（伪造货币罪；非法吸收公众存款罪；内幕交易、泄露内幕信息罪；逃汇罪；洗钱罪）

（一）伪造货币罪

1．定义

伪造货币罪，是指伪造人民币或外币的行为。

2．特征

（1）主体是一般主体，但只限于自然人，不包括单位。

（2）客体是国家货币管理制度。国家的货币管理制度是国家财政金融制度的重要组成部分，它具体包括两方面的内容，一是本国货币管理制度，二是外币管理制度。所谓本国货币的管理制度也就是指人民币的管理制度。根据《中国人民银行法》的规定，中华人民共和国的法定货币是人民币，具有强制流通力，以人民币支付中华人民共和国境内的一切公共的和私人的债务，任何单位和个人不得拒收。国家对货币印制和发行实行集中统一管理的原则，货币发行权属于国务院，中国人民银行是人民币的唯一印制和发行机构，其他任何单位和个人均无权印制和发行人民币。中国人民银行通过日常的现金收付和货币发行工作，来组织货币的投放与回笼，控制货币的供应量，调节货币的流通规模，使货币流通与商品流通相适应，保持货币的基本稳定。任何伪造人民币的行为都会侵犯上述货币管理制度。所谓外币管理制度，是外汇管理制度的重要内容之一。外汇管理制度，是指国家对外汇的收、支、存、兑等行为进行监督与控制的制度。根据 1997 年 1 月 14 日修正发布的《中华人民共和国外汇管理条例》及有关法规的规定，国家对外汇实行集中管理、统一经营的方针，禁止外汇自由流通，并不得以外币计价结算。同时，公民和单位，可以持有外币，并可以到指定的银行根据当日外汇牌价兑换成人民币。在特定地区或部门，还可以用外币直接购买商品或支付服务费用。因此外币在一定意义上同人民币具有相同的性质，伪造外币同样侵害我国的货币管理制度，危害了交易的安全。伪造货币的行为，严重扰乱了国家的金融秩序，损害国家货币的信誉，严重危害国计民生，应为法律所不许。

本罪的对象是货币。所谓货币，也称通货，是指在一国或地区具有强制流通力的、代表一定价值的、用作支付手段的特定物。货币包括本国货币和外币。我国的货币为人民币，这里的“人民币”应作广义的理解，即它不仅包括中国人民银行发行的纸币和硬币，也包括国务院授权中国银行发行的外汇兑换券。有人认为，外汇兑换券是限定在临时入境的港、澳、台、各国华侨及外宾五种人使用而且限于在指定范围内流通的有价证券，它是中国银行发行的，与中国人民银行发行的人民币性质是不一样的。我们认为，外汇兑换券虽然在发行时并未明确属于国家货币还是有价证券，但其实际上是作为含有外汇价值的人民币代用券使用的，它与人民币的基本职能并无实质差异，中国银行发行也是基于国务院的授权，这与中国人民银行根据授权发行人民币道理是一样的，因此应把外汇兑换券视为广义上的人民币看待，这也是我国理论上的通行看法，实践中也是予以承认的。所谓外币，即外国货而，指境外正在流通的货币，包括外国钞票和外国铸币。需要注意的是，“外币”与“外汇”的含义是不同的，“外汇”除包括“外币”外，还包括以外币表示的可以用作国际清偿的支付手段和资产，如外币有价证券（外国政府债券、公司债券、股票等）、外币支付凭证（如外国票据、银行存款凭证、邮政储蓄凭证等）、特别提款权、欧洲货币单位和其他外汇资金。可见“外汇”的外延遮大于“外币”，伪造“外币”以外的其他外汇并不构成本罪。

（3）主观方面是故意，并且具有使伪造的货币进行流通的目的。□至于这一目的是否达到，不影响本罪的成立。实践中，伪造货币的行为多以营利为目的，但是营利目的并不是本罪的构成要件。本罪作为一种直接故意犯罪，其目的只能是意图使伪造的货币进入流通。如果行为人是为了自我欣赏或者向他人炫耀绘画技巧，而

无使假币进入流通的目的，属于一般违法行为，不应作为犯罪处理。

（4）客观方面表现为违反国家货币管理法规，伪造货币的行为。所谓伪造货币，是指没有货币制造权的人，仿照人民币或者外币的面额、图案、色彩、质地、式样、规格等，使用多种方法，非法制造假货币，冒充真货币的行为。对于伪造的货币应当注意必须是仿照真人民币或外币制造的，与真币相似的假币。如果不是仿照真人民币或外币制作的，而是构成诈骗罪，不是构成本罪即伪造货币罪。伪造的货币，主要应在于它与真币的相似性，而不在于其相同性，即不要求与真币完全相同，一模一样。尽管科学技术已非常发达，致使伪造假币的手段越来越高明，伪造的效果极为逼真、难以辨认，但行为人毕竟是以假币冒充真币，因而有的自然不可能达到与真币完全一致的程度。其相似性则只要求足以蒙蔽、欺骗他人，达到以假币乱真、可使人信以为真即可。伪造货币，其行为的结果是假币。假币根据制造方法的不同，具体可分为以下几种不同的类型：一是机制胶印、凹印假币；二是石板、蜡板、木板印假币，三是誊印假币；四是复印假币；五是照相假币；六是描绘假币；七是板印假币；八是复印、制板技术合成假币；九是仿照硬币铸造的假币；等等。

本罪系行为犯，行为人只要出于故意实施了伪造货币的行为，就可构成本罪。其不要求情节严重或者造成实际的危害后果为构成犯罪的必要前提。至于未遂的标准，则应视其伪造的行为是否实施完毕而定。如果行为人仿照某种货币进行伪造，实施了所有制造工序的行为，即构成既遂，反之则为未遂。

3．认定

（1）本罪与非罪的界限

本罪为行为犯。一般说来，行为人只要出于故意实施了伪造货币的行为，就可构成本罪，但这并不是说一定就构成犯罪，这是因为任何违法行为包括伪造货币的行为只有达到一定危害程度时才能构成犯罪。构成犯罪的标准，在没有出现新的司法解释前，可以参考最高人民法院于 1994 年 9 月 8 日发布的《关于办理伪造国家货币、贩运伪造的国家货币、走私伪造的货币犯罪案件具体应用法律的若干问题的解释（以下简称《解释》）的有关伪造国家货币罪的定罪处罚标准予以认定。按照《解释》的规定，下列伪造国家货币的行为应当依照原刑法第 122 条的规定定罪科刑，第一，伪造国家货币总面值在 500 元以上不满 15000 元的；第二，伪造国家货币币量 50 张以上不满 1500 张的；第三，伪造国家货币的总面值或币量虽然没有达到上面第一、二种情况规定所应达到的数量，但具有严重情节的。所谓情节严重，则是指因伪造国家货币受过刑事处罚的，利用职务便利伪造国家货币的，或者具有其他严重情节等情形。这样，如果伪造国家货币的数量就总面值而言未达到 500 元，且就币量张数而言未达到 50 张，并不具有法定的情节严重的情况，则就可以结合行为人的主观恶性、主体特征（初犯还是常犯）、认罪悔罪态度等诸方面全面分析后，要么认定为不构成犯罪，要么认定为犯罪，但可以免予刑事处罚。至于外币，在没有新的司法解释前，其数额可以按外汇牌价折合成一定的人民币予以计算。

（2）区分本罪的一罪与教罪

行为人实施伪造货币犯罪行为后，通常还会继续实施其他相关行为，从而触犯其他罪名，如行为人出售或运输其伪造行为人使用其伪造的货币骗购财物、行为人走私其伪造的贷等，其行为分别又触犯了出售或运输伪造的货币罪、诈骗罪、走私伪造的货币罪。对此应定一罪还是定数罪然后实行数罪并罚呢？根据本法第 171 条第 3 款之规定，伪造货币并出售或者运输伪造的货币的，依伪造货币罪从重处罚。出售、运输的货币，在这里应是指为伪造者自己所伪造的，即出售或运输所指向的假币与伪造的假币乃是同一宗假币。只有在这种情况下，伪造行为与出售或运输行为才存在着吸收与被吸收的关系。此时出售或运输行为乃属于伪造行为的继续，是伪造行为的一种后继行为，这种后继行为是前行为即伪造货币的行为发展的自然结果。因为伪造者要达到其目的，一般要伴随着运输或出售的过程，因此，对这种后继行为，应被主行为即伪造货币的行为所吸收，不再有其独立的意义，定罪只按伪造货币罪进行，在量刑上则作为二个从重情节予以考虑。如果伪造货币或者运输或者出售的不是自己伪造的那宗货币，此时，运输、出售假币的行为与伪造货币的行为没有必然的联系，从而不存在吸收与被吸收关系，对此，应当分别定罪，再实行并罚。

4．处罚

第 170 条规定，犯本罪的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处 5 万元以上 5 0 万元以下罚金；犯本罪且情节特别严重的，处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处 5 万元以上 50 万元以下罚金或者没收财产。所谓情节特别严重，根据本条的规定，是指具有下列情形之一者：

1、伪造货币集团的首要分子。值得注意的是，适用此条，应‘严格依照犯罪集团的认定条件看是否能构成伪造货币的犯罪集团，只有构成犯罪集团时，其首要分子才可依本幅度量刑。如果不能构成集团犯罪，仅是一般性的纠合、聚集数人的共同犯罪，对于起指挥、组织等作用的犯罪分子仍只能按一般的共同犯罪的主犯处罚原则处理，如属于情节特别严重的情况，亦不能直接适用这一项，而应依其他项进行严厉处罚。

2、伪造货币数额特别巨大的。参照《解释》第 4 条第 4 款的规定，伪造人民币，总面值在 15000 元以上或者币量在 1500 张以上的，即可认定为数额特别巨大。

3、具有其他特别严重情节的。这里的其他特别严重情节，是指伪造货币集团的首要分子、伪造货币数额特别巨大以外的其他所有特别严重情节的情形。参照《解释》，其主要是指：第一，以机械印刷方法伪造货币的；第二，从事金融、财会等工作的人员利用工作上的便利伪造人民币总面值达 1000 元以上或者币量达 100 张以上的；第三，伪造人民币并投放市场流通，总面值 100 元以上或者币量 100 张以上的；第四，以暴力抗拒检查、拘留、逮捕，情节严重的；第五，因伪造货币受过刑事处罚后，又实施伪造货币的行为，伪造的人民币总面值达到 500 元以上或币量 50 张以上的；等等。

（二）非法吸收公众存款罪

1．定义

非法吸收公众存款罪，是指非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款，扰乱金融秩序的行为。

2．特征

（1）主体为一般主体，凡是达到刑事责任年龄且具有刑事责任能力的自然人均可构成本罪。依本条第 2 款的规定，单位也可以成为本罪的主体。这里的单位，既可以是可以经营吸收公众存款业务的商业银行等银行金融机构，也可以是不能经营吸收公众存款业务的证券公司等非银行金融机构，还可以是其他非金融机构。

（2）客体是国家金融管理秩序。存款是指存入金融机构保管并可以由其利用的货币资金或有价证券，它是吸收存款的金融机构信贷资金的主要来源。根据我国有关金融法律、法规的规定，商业银行、城乡信用合作社等非银行金融机构可以经营吸收公众存款业务，证券公司、证券交易所、保险公司等金融机构以及任何非金融机构和个人则不得从事吸收公众存款业务。从事吸收存款业务的金融机构在开展业务时，不仅应当遵循平等、自愿、公平和诚实信用原则，遵守法律、行政法规的有关规定，不损害国家利益、社会公共利益；同时，还应当遵守公平竞争的原则，不得从事不正当竞争。如果上述可以经营吸收公众存款业务的金融机构采取非法手段吸收公众存款，或者不得经营吸收公众存款业务的金融机构以及非金融机构、个人非法吸收或者变相吸收公众存款，必然影响国家对金融活动的宏观监管，损害金融机构的信用，损害存款人的利益，扰乱金融秩序，最终会影响国民经济的发展和社会的稳定。我国实行市场经济以来，由于贷款需求的扩张，各种非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款的现象已愈益突出，这对国家金融秩序的稳定造成了极大的冲击，因此，本法继全国人大常委会《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》之后将非法吸收或者变相吸收公众存款的行为规定为犯罪予以惩治。

本罪的犯罪对象是公众存款。所谓存款是指存款人将资金存入银行或者其他金融机构，银行或者其他金融机构向存款人支付利息的一种经济活动。所谓公众存款是指存款人是不特定的群体，如果存款人只是少数个人或者是特定的，不能认为是公众存款。

（3）主观方面是故意，即行为人必须是明知自己非法吸收公众存款的行为会造成扰乱金融秩序的危害结果，而希望或者放任这种结果发生。过失不构成本罪。有的金融机构由于工作失误造成利率提高而吸收了大量公众

存款，由于利率不是该金融机构故意抬高，非法吸收公众存款不属于其故意实施，因此不构成本罪。

（4）客观方面表现为行为人实施了非法吸收公众存款或变相吸收公众存款的行为。

本罪的行为方式主要表现为以下三大类：

1、以不法提高存款利率的方式吸收存款，扰乱金融秩序。其主要表现方式为：吸收存款人径直在当场交付存款人或储户的存单上开出高于央行法定利率的利率数来。因而此种方式又可简称为“帐面上有反映”方式。

存款利率，和贷款利率一样，是中央政府对本国市场经济进行宏观调控的重要经济杠杆。一般情况下，国家需要刺激和扩大社会总体消费时，多降低存款利率，反之，当国家需要控制市场消费、以更多回笼货币来投入更大量的社会扩大再生产以加强社会生产力度时，多提高存款利率。基于此，无论是存款、贷款利率，各国一般都由央行统一制定和发布。我国也一样，在我国，除了中央银行以外，任何其他单位、团体包括其他金融机构乃至央行以外的其他政府机构均不得擅自提高存款或贷款利率。凡以不法提高利率的办法来吸收存款、争夺存款大户者，其行为显然违反我国《商业银行法》第 47 条的规定，同时也扰乱了我国金融竞争秩序，行为法人依法应负刑事责任。

2、以变相提高利率的方式吸收存款、扰乱金融秩序。所谓变相提高存款利率，是指吸收存款人虽未在开付出去的存单上直接提高存款利率，但却通过存款之际先行扣付、或允诺事后一次性地给付或许以其他物质、经济利益好处的方式来招揽存款，以使存款方在事实上获得相当于提高存款利率的“实惠”后，欣然“乐于存款”于该吸收人所在银行或其他金融机构。此种方式，又可简称为“帐面上无反映”方式。实践中，行为人以变相提高利率的方法来吸收存款的具体方式多种多样，大致有：

（l）以“体外循环”手法非法以贷吸存。“体外循坏”又称“绕规模”, 通常指贷方银行或其他金融机构未在上级行规定的放贷规模内放贷，而以帐外吸收存款、帐外发放贷款的违规操作法存贷。通俗地说，体外循环就是谁能给我拉来存款，我就将此笔放贷规模 “体”的存款的全部或大部返贷给谁。此种体外循环本身，如其“造成重大损失”者，也属本法第 187 条所规定的用帐外资金非法拆借、发放贷款罪行为。

（2）以在存款中先行补足自己擅自抬高的利率息差的方式非法吸收存款。此种情况下，吸收存款人为了不从帐面上反映出自己不法提高利率的违规操作情况，往往采用在存款人前来存款之际，直接从存款人交付存款的帐上为存款人划出一笔款项、作为自己擅自抬高了的利率的息差，补偿结存款人，从而在事实上抬高了存款利率，并以此高利手段来吸引存款人前来自己所在银行或金融单位存款。

（3）以擅自在社会上大搞有奖储蓄的办法非法吸收公众存款。其实质，仍然是变相抬高国家所规定的存款利率，情节严重者，必定扰乱整个社会的金融秩序。

（4）以暗自先行给付实物或期约给付实物的手段非法吸收存款。例如有的金融单位以向存款大户提供若干台豪华轿车的方式吸引存款；有的期许存款人人款以后的一定时间内，为其提供计算机 XX 台等等。

（5）以暗自期许存款方对其动产、不动产的长期使用权来非法招揽存款。例如有的银行长期免费提供房屋使用权给该行存款大户头单位，等等。

3、依法无资格从事吸收公众存款业务的单位非法吸收公众存款，扰乱金融秩序。对此类行为，无论其是否提高了国家规定的存款利率、也不问其是否采取了其他变相提高存款利率的手法来吸收存款，只要其从事了“吸收公众存款的行为”即属“非法”行为，一概构成本罪。

本罪是行为犯，行为人只要实施了非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款，扰乱金融秩序的行为，即便构成本罪既遂。这也反映了立法上对本罪行为人所实施的、严重破坏金融市场秩序的行为从严打击的意向。

3．认定

（1）对因受存款方的勒索而非法吸收存款者的定性与处理

实践中，有的存款大户头常常以“搬走”存款要挟其入款行或其他金融机构，要求其尽快提高自己所存款项的存款利率；或者先行给付部分息差抑或提供若干台汽车或房屋使用权等等。一些银行或其他金融机构特别是效

益或“口岸”较差的银行，为了保住自己的存款额度，不得不就范。对于这种情形，立法上未作明文规定，在处理方式上，至少有以下三种方案可供选择：

第一，双方均定罪、且均定性为本罪，亦即双方构成共同非法吸收存款罪。此种犯罪的实质为有身份人实施本罪，因而对其中吸收存款人因其具有法定身份，应定性为主犯；而存款人因其无法定身份理应定性为从犯；

第二，存款方定性为索贿罪、吸收存款方因为被索贿而“行贿”无罪。

第三，双方均定罪，但将双方设定为对合犯。亦即双方虽仍属共犯，但不是构成同一罪种的共犯而是互为犯罪对象的会合共犯中的对向犯（又称对合犯）。此种会合共犯中，各方所触犯罪名往往不同。例如本罪的场合，吸收存款方犯了单位非法吸收公众存款罪；而索贿人款方则犯了单位（或个人）索贿罪。

对此三种定性方式，按第三种方式定性较为合理合法。因为：

按第一种方式处理，首先不符合存款人的行为特征，事实是索贿存款人并没有任何帮助吸款人从事非法吸收存款的帮助行为。

按第二种方式处理，若对因存款人索贿而非法吸收款的行为人不作犯罪处理，也不合刑事法律的基本理论。因为，非法吸收存款的实质在于以贿赂的方式不法吸收存款，而根据本法第 393 条规定，因被勒索而被迫行贿者，只有在“没有获得不正当利益”的条件下，才不构成行贿罪。以此对照，本案中吸收存款人在受到勒索的情况下，为了获得存款，竟不惜“出卖”国家法律，敢以直接抬高或变相抬高央行法定利率的手法来获取大户存款，这种“利益”完全没有正当性可言，因而，此种场合，吸收存款人不能以受到“勒索”而作无罪辩护，充其量能据此对行为人作罪轻辩护而已。

（2）对以换好工种、安排存款大户子女就业等方式非法吸收存款者的定性与处理

目前一些银行往往以安排存款大户子女（主要指安排能够决定本单位存款人处的单位法定代表人、有关权利人士或直接掌管存款运作管理人员的子女）进银行工作等方式招揽存款；对子女已经就业者，有的吸收存款方则进一步以将其子女调入本行工作为招揽诱饵，等等。以此类方法招揽存款，当然属于“非法”吸收存款行为，但对此行为是否一概定性为非法吸收存款罪行为，尚有商榷余地。这是因为，本罪的行为要件不仅仅是非法吸收存款，而且须有较为严重的“扰乱金融秩序”的行为。上述非法吸收存款行为，当然也扰乱了金融秩序，但与抬高或变相抬高国家利率的行为、以及与假冒享有吸收存款权限的金融主体的行为来非法吸收存款者相比较，后二者对金融秩序的破坏显然更为直接和严重，因而将后二者设置为犯罪、对其科以刑罚方法来处罚理所当然。对以换好工种、安排存款大户子女就业等等方式来非法吸收存款的行为，尚须积累司法实践经验，再予解决。

（3）对以“体外循环”方式非法以贷吸存行为的处理

如上所述，以此方式以贷吸存，如其因此“造成重大损失”者，其行为本身，又触犯了本法第 187 条规定的用帐外客户资金非法拆借、发放贷款罪。如此，行为人非法吸收存款的手段行为就触犯了两个罪名，符合刑法上的牵连犯特征，应按牵连犯的处理原则，从一重处断。从法定刑看，非法拆借、发放贷款罪的法定刑相对更重，因而对此行为，可根据其具体犯罪情节，酌定为非法发放贷款罪，并根据 187 条的法定刑裁量刑罚。

（4）非法吸收公众存款罪与非罪的界限

区分本罪与非罪的界限，主要应考虑以下三个因素：

（1）吸收公众存款数额大小。如果吸收公众存款数额较小的，属“情节显著轻微危害不大”，依本法第 13 条之规定，不构成犯罪。

（2）是否出于故意。如果不是出于故意实施的，不构成犯罪。

（3）是否违反法律、法规的规定。如果未违反法律、法规规定的不构成犯罪。如行为人在法律、法规允许的幅度内提高利率吸收公众存款的，不能认为构成犯罪。

（5）非法吸收公众存款罪与诈骗罪的界限

主要区别是：（1）侵犯的客体和犯罪对象不同。前者侵犯的客体是国家金融管理制度，犯罪对象是公众存

款；后者侵犯的客体是公私财产所有权，犯罪对象可以是任何财物。(2)客观方面不同。前者包括用欺骗方法吸收公众存款，还包括利用强迫、利诱等其他方法吸收公众存款；后者只表现为以虚构事实或隐瞒真相的欺骗方法获得财物。(3)主观方面不同。前者无非法占有目的；后者必须具有非法占有的目的。(4)主体要件不同。前者既可以由自然人，也可以由单位构成；后者只能由自然人构成。

(6)非法吸收公众存款罪和擅自设立金融机构罪的区别

由于非法吸收公众存款罪和擅自设立金融机构罪两者之间有一定的联系，有的擅自设立金融机构者同时又非法吸收了存款，而非法吸收存款又是擅自设立的金融机构所为；有的先擅自设立金融机构，而后又非法吸收了公众的存款，或者擅自设立金融机构的目的就是为了非法吸收公众的存款，所以，司法机关在办理具体案件时，应当注意将这两种不同的犯罪区别开来。非法设立金融机构罪和非法吸收存款罪的犯罪构成不同，应注意区分这两种犯罪的区别，对于构成数罪的，应当依照数罪并罚的规定处罚。

4．处罚

第176条规定，犯本罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或单处2□万元以上20万元以下罚金。犯本罪，数额巨大或者有其他严重情节的，处3年以上10□年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金。单位犯本罪的，□对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

(三)内幕交易、泄露内幕信息罪

1．定义

本罪的定义可以表述为证券交易内幕信息的知情人员或者单位，或者非法获取证券交易内幕信息的人员或者单位，在涉及证券的发行、交易或者其他对证券的价格有重大影响的信息尚未公开前，买入或者卖出该证券，或者泄露该信息或者建议他人买卖该证券，情节严重的行为。

2．特征

(1)主体为特定主体，是知悉内幕信息的人，即内幕人员。所谓内幕人员，是指证券、期货交易内幕信息的知情人员或者非法获取证券、期货交易内幕信息的人员。依本条第3款及《证券法》第68条的规定，内幕人员是指由于持有发行人的证券，或者在发行人或者与发行人有密切联系的公司中担任董事、监事、高级管理人员，或者由于其会员地位、管理地位、监督地位和职业地位，或者作为雇员、专业顾问履行职务，能够接触或者获得内幕信息的人员，包括：1、发行股票或者公司债券的公司董事、监事、经理、副经理及有关的高级管理人员；2、持有公司百分之五以上股份的股东；3、发行股票公司的控股公司的高级管理人员；4、由于所任公司职务可以获取公司有关证券交易信息的人员；5、证券监督管理机构工作人员以及由于法定的职责对证券交易进行管理的其他人员；6、由于法定职责而参与证券交易的社会中介机构或者证券登记结算机构、证券交易服务机构的有关人员；7、国务院证券监督管理机构规定的其他人员。

(2)客体是证券、期货市场的正常管理秩序和证券、期货投资人的合法利益。证券、期货市场的运用在客观上要求公正而高效的管理秩序。只有如此，证券、期货市场才能健康地发展。作为证券、期货管理制度的内容之一的证券、期货信息保密制度是根据这样一项原则建立的，在证券、期货市场中，所有的投资者对于重要情报都享有同等的权利。在重要情报公之于众之前，掌握这种内幕信息的人员 (内幕人员)不得利用它为自己和其他个人牟利或者避免损失服务；否则，就使其他的证券、期货投资者处于极不公平的位置上。内幕信息交易行为违反了这一证券、期货市场原则，违反了国家关于证券发行、证券、期货交易方面的法律、法规的禁止性规定，同时，内幕交易行为也侵犯了证券、期货投资者的合法权益。证券、期货投资者的权利相当广泛，包括“知”的权利、平等参与权、自由交易权、投资收益权等。证券、期货管理制度的核心精神之一，就是保证有关发售证券的公司或单位不间断地供给投资公众正确的资料讯息，帮助投资者做成投资决定。投资者的经济利益往往因获得信息的快慢和多少而受到影响。可见，投资者 “知”的权利尤为重要，是其他合法权利存在的前提和基础。内幕交易存在的情况下，各投资者获得信息的渠道不公平，投资机会亦不公平，非内幕交易投资者处于

不利处境，其合法权益追到严重侵犯。从根本上破坏了证券、期货市场的公开、公平与公正原则的行为。

由此可见，在大多数情况下，本罪侵害的是双重客体。当然，在这两种客体中，证券、期货市场的正常管理秩序是起决定作用，因而是主要客体。正是在这个定义上，我们可以把本罪纳入破坏社会主义市场经济秩序罪的范畴。

本罪是利用内幕信息实施的。根据《证券法》第 69 条之规定，所谓内幕信息，是指证券交易活动中，涉及公司的经营、财务或者对谈公司证券的市场价格有重大影响的尚未公开的信息。

下列各项信息皆属内幕信息：

1、公司的经营方针和经营范围的重大变化；

2、公司的重大投资行为和重大的购置财产的决定；

3、公司订立重要合同，而该合同可能对公司的资产、负债、权益和经营成果产生重要影响；

4、公司发生重大债务和未能清偿到期重大债务的违约情况；

5、公司发生重大亏损或者过受超过净资产百分之十以上的重大损失；

6、公司生产经营的外部条件发生的重大变化；

7、公司的董事长，三分之一以上的董事，或者经理发生变动；

8、持有公司百分之五以上股份的股东，其持有股份情况发生较大变化；

9.公司减资、合并、分立、解散及申请破产的决定；

10、涉及公司的重大诉讼，法院依法撤销股东大会、董事会决议；

11、法律、行政法规规定的其他事项；

l2、公司分配股利或者增资的计划；

13、公司股权结构的重大变化；

14、公司债务担保的重大变更；

15、公司营业用主要资产的抵押、出售或者报废一次超过该资产的百分之三十；

16、公司的董事、监事、经理、副经理或者其他高级管理人员的行为可能依法承担重大损害赔偿责任；

17、上市公司收购的有关方案；

18、国务院证券监督管理机构认定的对证券交易价格有显著影响的其他重要信息。

内幕消息不包括运用公开的信息和资料，对证券市场作出的预测和分析。

内幕信息具有两大特征：重要性和未公开性。

1、重要性。所谓重要性应依以下确定：这个被忽略的事实公开后，极有可能被理智的投资者看成是改变了自己所掌握的信息的性质，那么，这些事实也就是重要的。如发行人发生重大债务、发行人资产遭到重大损失等都属于内幕信息，投资者一旦知悉，必须会慎重考虑，重新估价发行证券的企业、公司的价值，决定资金新的投资方向。一般说来，内幕信息都被列入“机密”的范围，其重要性体现在一旦公开，就可能影响到证券市场相关股票、债券的价格。

2、未公开性。即这些重要的信息和资料尚未公开，未让广大投资者广泛知晓并运用它进行证券买卖。通常认为，如果股价曾受有关情报通知的影响而波动，但很快趋于稳定，则该稳定时间可以认为是该情报已公开的时间，我们认为内幕交易的实质即抓住内幕信息公开前后的时间差牟利，因而界定内幕信息已公开化的时间十分重要，因为它关系到内幕交易罪犯罪时间的认定。如果内幕人员在交易过程中利用的内幕信息是该消息公开后引起股票价格起伏的唯一原因，从消息公布时起，到市场消化、分析消息，从而引起股价变动这一段时间，都应视为消息尚未公开。在这时间以前利用内幕消息进行证券买卖都应构成内幕交易。

（3）主观方面，主要是故意，一般都具有图利的目的。在其意识因素上，行为人认识到其据以进行证券交易的信息是通过合法途径接触到的尚未公开的和可能影响证券市场价格的重大信息，而且以此进行证券交易，

会给自己获取利益或者减少损失，在其意志因素上，行为人希望利用内幕信息进行证券交易获取利益或者减少损失。至于行为人是否实际获取利益或者避免损失，不影响其犯罪的成立。

同时，过失泄露内幕信息，也构成该种犯罪中的泄露内幕信息行为。因此，内幕交易行为一般由故意构成，而泄露内幕信息，既可以由故意构成，也可以由过失构成。有人认为本罪特别是泄露内幕信息的行为也只能由故意构成，这在理论上是不够严谨的，在实践中不利于惩治该种犯罪行为，会放纵犯罪分子。

（4）客观方面表现为行为人违反有关法规，在涉及证券发行，证券、期货交易或者其他对证券、期货交易价格有重大影响的信息正式公开前，利用自己所知的内幕信息进行证券、期货买卖，或者建议其他人利用该内幕信息进行证券、期货买卖，或者泄露内幕信息，情节严重的行为。具体包括以下 4 种行为，

1、内幕人员利用内幕信息买卖证券、期货或者根据内幕信息建议他人买卖证券、期货；

2、内幕人员向他人泄露内幕信息，使他人利用该信息进行内幕交易；

3、非内幕人员通过不正当的手段或者其他途径获得内幕信息，并根据该信息买卖证券、期货或者建议他人买卖证券、期货；

4、其他内幕交易行为。

总而言之，本罪的客观特征表现为以下两个方面：

1、行为人利用内幕信息，直接参与证券、期货买卖，即行为人在涉及证券发行，证券、期货交易或者其他对证券、期货交易价格有重大影响的信息正式公开以前，本人利用自己所处的特殊位置而获悉的内幕信息，掌握有利的条件和时机，进行证券、期货的买入或卖出，从而使自己从中获利或减少损失。

2、行为人故意泄露内幕信息，即行为人在涉及证券发行，证券、期货交易或者其他对证券、期货交易价格有重大影响的信息正式公开前，将自己所知悉的内幕信息故意予以泄露，主要是指行为人以明示或者暗示的方式透露、提供给与公司没有关系的第三人。这里的“泄露”是指将处于保密状态的信息公开化，使之进入公开领域。其具体表现又有两种形式：

（1）将信息告知不应或无权知道该信息的人，也就是说，扩大了信息公布范围。此乃信息在空间范围上的泄露；

（2）在保密期届满前解密，也就是说超前公布信息。此乃信息在时间阶段上的泄露。当然，信息上的上述两种泄露情形是同步的，即信息在空间范围上的泄露，针对获密者来说，也就是信息在时间阶段上的泄露；反之亦然。此外，对泄露内幕信息行为而言，泄露者本人不一定直接参与证券、期货的买卖行为，但通过为他人提供公司内幕信息，从而间接地参与了证券、期货交易行为。与第一种情形直接买卖证券、期货相比，泄露内幕信息对证券、期货交易市场、投资者及相关公司所造成的损失，往往更为严重。知情人员一般由于人数少，财力有限，买卖证券、期货数量不会太大，而泄露内幕信息则可能一传十，十传百，甚至引起外界财团参与，从而会引起相当严重的后果。

3．认定

（1）内幕交易、泄露内幕信息罪与非罪的界限。

在认定内幕交易、泄露内幕信息罪的时候，重点应该把握以下几个方面：

首先，需要确定所利用、所泄露的信息，是否属于内幕信息。内幕信息在来源上、在内容上都有严格的限制，不能失之宽泛。在证券交易实务中，分析证券市场，有许多持不同观点的专家，有的站在宏观经济面的立场，有的站在技术指标的立场。有时这些专家对于宏观经济形势、技术指标等的深入考察，对于个股的短期行情作出某种看浓看淡、看涨看跌、看利看空的预期，并且公开发布其分析结论，引起广大投资者买入或者卖出该证券，甚至造成股价异常波动，均属于正常交易范畴，只要不是别有用心，歪曲事实，编造虚假信息，既不构成其他犯罪，也不构成本罪。

其次，内幕交易、泄露内幕信息还必须达到情节严重的程度。本罪毕竟属于经济犯罪中的一种，定性归罪，

应当慎重。对于情节较轻的，我国行政法规甚至未作行政处罚规定。因此，情节严重，不仅当与不受行政处罚的违规行为区别，而且当与应受行政处罚的违法行为区别，它们之间均有一定的档次之差距。在将内幕交易、泄露内幕信息认定为犯罪时，必须以非法获利数额巨大，或者给其他投资者造成的损失巨大，或者造成股市严重动荡等类似的情况，作为它的起点。

（2）内幕交易、泄露内幕信息罪与第 398 条规定的泄露国家秘密罪的界限。

本罪是选择性的罪名。行为人无论实施内幕交易和泄露内幕信息两种行为的一种或者两种，均只能认定为一罪，是实行数罪并罚。但是，如果故意或者过失泄露内幕信息，而内幕信息涉及国家秘密的，如何处罚，有不同理解。主张本罪只能由故意构成的学者认为，过失泄露内幕信息的不为罪，其中涉及国家秘密且情节严重的，以过失泄露国家秘密罪定罪处罚。也有些主张本罪既可由故意构成、也可由过失构成的学者认为，如果所泄露的信息涉及国家秘密的，可按故意或者过失泄露国家秘密罪定罪处罚。我认为，本罪中泄露内幕交易信息构成犯罪，主观方面无论故意或者过失均可。如果故意或者过失泄露内幕信息，其中涉及国家秘密，且情节严重的，属于法条竞合,按特别法优于普通法的原则，仍应适用刑法第 180 条内幕交易、泄露内幕信息罪的规定处罚，不适用第 398 条的规定。

（3）内幕交易、泄露内幕信息罪与侵犯商业秘密罪的界限

构成内幕交易、泄露内幕信息罪的客观表现包括知道内幕信息的内幕人员或非内幕人员将内幕信息非法泄露和公开的情形，而侵犯商业秘密罪的客观方面包括披露、使用或者允许他人使用以不正当手段获取的权利人的商业秘密和违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密两种情形，因此，内幕交易罪与侵犯商业秘密罪就存在着一定的联系，如两者的犯罪对象都具有秘密性，两者的客观方面都包括泄露或提前公开不该公开的相关内容等。但是，两者的差别还是很明显的：1、两者侵犯的对象不同，前者侵犯的是内幕信息，该信息必然影响证券、期货交易市场价格，而后者侵犯的是商业秘密，是指不为公众知悉,能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息与经营信息。2、两者客观行为也不同，前者包括行为人不公开内幕信息而本人直接加以利用、或者将内幕信息公开建议别人加以利用从而本人间接参与两种情形，而后者包括以下三种情形：（1）以盗窃、利诱、胁迫或者其他不克当手段获取权利人的商业秘密；（2）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密；（3）违反约定或者违反权利人有关保守秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密。如果行为人的行为侵害的既属于内幕信息，又属于商业秘密。这种情况，行为人的行为构成想象竞合犯，即行为人主观上出于一个故意，客观上实施了一个危害行为，同时触犯了本法所规定的两个独立罪名，也即触犯了内幕交易、泄露内幕信息罪和侵犯商业秘密罪。根据想象数罪的处罚原则，应以重罪论处。

3．处罚

《刑法》第１８０条规定，犯本罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得 1 倍以上 5 倍以下罚金；情节特别严重的，处 5 年以上１０年以下有期徒刑，并处违法所得 1 倍以上 5 倍以下罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处 5 年以下有期徒刑或者拘役。

（四）逃汇罪

1．定义

逃汇罪，是指国有公司、企业或者其他国有单位违反国家规定，擅自将外汇存放境外，或者将境内的外汇非法转移到境外，情节严重的行为。

2．特征

（1）主体是特殊主体，即只有公司、企业或其他单位才能构成本罪。本条规定逃汇罪的主体为国有单位，但 《全国人民代表大会常务委员会关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》将本条已作了相应修改，其中对主体范围作了扩充。

单位犯本款罪，实行两罚制，即对单位判处罚金，并对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员，根据情节分别处五年以下有期徒刑或者拘役、五年以上有期徒刑。

（2）客体是国家的外汇管理制度。根据 1996 年 1 月 29 日中华人民共和国国务院令第 193 号发布，根据 1997 年 1 月 I4 日《国务院关于修改 （中华人民共和国外汇管理条例）的决定》修正的《中华人民共和国外汇管理条例》规定，外汇是指下列以外币表示的可以用作国际清偿的支付手段和资产：（1）外国货币，包括纸币、铸币；（2）外币支付凭证，包括票据、银行存款凭证、邮政储蓄凭证等；（3）外币有价证券，包括政府债券、公司债券、股票等；（4）特别提款权、欧洲货币单位；（5）其他外汇资产。

我国外汇管理制度主要包括经常项目和资本项目管理大部分。

（1）经常项目外汇管理

所谓经常项目，是指国际收支中经常发生的交易项目，包括贸易收支、劳务收支、单方面转移等。境内机构的经常项目外汇收入必须调回境内，不得违反国家有关规定将外汇扭自存放在境外。境内机构的经常项目外汇收入，应当按照国务院关于结汇、售汇及付汇管理的规定卖给外汇指定银行，或者经批准在外汇指定银行开立外汇帐户。境内机构的经常项目用汇，应当按照国务院关于结汇、售汇及付汇管理的规定，持有效凭证和商业单据向外汇指定银行购汇支付。境内机构的出口收汇和进口付汇，应当按照国家关于出口收汇核销管理和进口付汇核销管理的规定办理核销手续。

（2）资本项目外汇管理

所谓资本项目是指国际收支中因资本输出和输入而产生的资产与负债的增减项目，包括直接投资、各类贷款、证券投资等。境内机构的资本项目外汇收入，除国务院另有规定外，应当调回境内。境内机构的资本项目外汇收入，应当按照国家有关规定在外汇指定银行开立外汇帐户；卖给外汇指定银行的，须经外汇管理机关批准。境内机构向境外投资，在向审批主管部门申请前，由外汇管理机关审查其外汇资金来源；经批准后，按照国务院关于境外投资外汇管理的规定办理有关资金汇出手续。

（3）主观方面只能由故意构成。过失不构成本罪。本罪是故意犯罪，要求行为人对本罪的构成要件事实有认识，包括对犯罪对象、行为性质、客体要件、因果关系等的认识。也就是说，行为人必须认识到自己的行为是在逃汇。当然，这种认识并不需要行为人了解关于逃汇的具体法规，只要行为人知道自己的行为是违法即可。

本罪虽然是故意犯罪，但并不以牟利为目的。虽然刑法学界有人主张此罪要以牟利为目的，但我们认为，本条并未规定此罪必须有牟利的目的，而且许多行为人逃汇并不以牟利为目的。如一些单位可能为了扩大生产、购置设备等逃汇。因此以牟利为目的不是本罪的构成要件。

（4）客观方面表现为违反国家规定，擅自将外汇存放境外，或者将境内的外汇非法转移至境外，情节严重的行为。

所谓逃汇，是指国家机关、企事业单位、团体或者个人，违反国家外汇管理规定，将应售给国家的外汇，私自转移、转让、买卖、存放境外，以及将外汇私自携带、托带或者邮寄出境等。根据新修订的《中华人民共和国外汇管理条例》第 39 条的规定，逃汇行为主要有：

（1）违反国家规定擅自将外汇存放在境外的。根据 《外汇管理条例》规定，国有公司、企业或者其他国有单位对于经常项目外汇收入，应当按照国务院关于结汇、售汇及付汇管理的规定及时调回境内按市场汇率全部卖给外汇指定银行，不得存放境外，不得开立外汇帐户保留外汇。所谓经常项目收入，包括出口或者先支后收转口货物及其他交易行为收入的外汇；境外贷款项目收入的外汇；国际招标中标收入的外汇；海关监管下境内经营免税商品收入的外汇；交通运输、邮电、旅游、广告、咨询、展览、寄售、维修、保险等业务及各类代理业务提供商品或服务收入的外汇；行政、司法机关收入的各项规费、罚没款等；土地使用权、著作权、商标权、专利权、非专利技术、商誉等无形资产转让收入的外汇；向境外出售房地产及其他资产收入的外汇；境外投资企业的外汇利润；境外资产的外汇收入；对外索赔收入的外汇；退回的保证金等。违反上述规定，将应调

回国内的外汇不调回国内，而存放境外就展这种行为的逃汇。

（2）不按照国家规定将外汇卖给指定银行的。

（3）违反国家规定汇出外汇或者携带出境的，如以投资的名义将外汇转移至国外的。

（4）未经外汇管理机关批准，擅自将外币存款凭证、外币有价证券携带或者邮寄出境的。

（5）其他逃汇的行为。

以上可见，逃汇的方式很多，但并不是一切逃汇套汇行为都构成犯罪。本条关于逃汇罪的规定，只列举了两种表现方式：(l) 擅自将外汇存放境外；(2) 把境内的外汇非法转移到境外；

以上两种逃汇行为必须达到“情节严重”, 才能构成犯罪。本条没有具体规定情节严重的标准。我们认为，逃汇罪作为一种经济犯罪，衡量情节是否严重主要应从数额，同时结合其他情节综合考虑。主要包括：(1) 逃汇数额的大小；(2) 是否伪造和冒用有关单位的证件、印章逃汇；(3) 是否国家工作人员利用职权或者勾结国家工作人员进行逃汇的；(4) 是否严重影响了国家有关计划的执行，等等。

3．认定

逃汇罪与走私罪的界限

1、所侵犯的客体不同。本罪的客体是国家的外汇管理制度，其与进出口贸易及其关税无关；而走私罪的客体则是对外贸易管制，后者这种管制的目的是通过对进出口货物的监督、管理与控制，防止偷逃关税及其阻止或限制不该进出口的物资进出口。它与进口贸易及其关税紧密联系在一起。

2、所侵犯的对象不同。本罪的对象仅限于外汇；走私罪的对象却比本罪广泛得多，它包括外汇在内的一切禁止或限制进出境的货物与物品或者应当缴纳关税的货物及物品。

3、客观方面的表现形式不同。本罪在客观方面表现为逃汇的行为。逃汇的外在形式是将境外取得的外汇应当调回境内而不谓回，或把境内的外汇私自转移到国外等；而走私罪的客观行为却是行为人逃避海关监管，非法运输、携带、邮寄货物、物品进出国 （边）境的行为。

4、犯罪主体不同。本罪的主体是特殊主体，其仅限于国有公司、企业或者其他国有单位以及这些单位的直接负责的主管人员和其他直接责任人员，除此之外，均不能构成本罪。自然人构成犯罪时，显然必以单位构成犯罪为前提，否则，亦不能构成本罪；走私罪的主体则为一般主体，凡达到刑事责任年龄具有刑事责任能力的自然人，均可成为本罪的主体。此外，单位亦可构成其罪。

5、本罪为具体罪名；而走私罪则为种罪名，其包括走私武器、弹药罪，走私假币罪、走私文物罪等多个具体罪名。

4．处罚

根据《全国人民代表大会常务委员会关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》第 3 条之规定，公司、企业或者其他单位，违反国家规定，拉自将外汇存放境外，或者将境内的外汇非法转移到境外，数额较大的，对单位判处逃汇数额百分之五以上百分之三十以下罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员处五年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大或者有其他严重情节的，对单位判处逃汇数额百分之五以上百分之三十以下罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员处五年以上有期徒刑。

（五）洗钱罪

1．定义

洗钱罪，是指明知是毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、走私罪的违法所得及其产生的收益，为掩饰、隐瞒其来源和性质，进行洗钱的行为。

2．特征

(1) 主体为一般主体，即达到刑事责任年龄且具有刑事责任能力的自然人均可构成。依本条第 2 款之规定，单位亦能成为本罪主体。实施毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、走私犯罪分子为自己掩饰、隐瞒犯罪的违法

所得及其收益的性质和来源的，则应按照刑法吸收犯理论，重行为吸收轻行为，从一重罪而论，按其所实施的犯罪定罪量刑，不实行数罪并罚。

（2）客体是国家金融管理制度和司法机关的正常活动。掩饰、隐瞒犯罪的违法所得及其收益的性质和来源行为又称洗钱，其意是指犯罪分子为掩盖其不法行为，将赃款通过金融活动将“黑钱变白”，从而达到可以公开使用的目的。换言之，即犯罪分子将犯罪所得的赃款，通过另一种犯罪行为，使其合法化。

这种犯罪行为，严重地干扰了金融秩序、经济秩序，进而危害社会生活的方方面面。由于犯罪分子或许将来会利用我国的金融机构来进行“洗钱”，对此，我国不能不有所防范，以打击这类犯罪行为。行为人掩饰、隐瞒犯罪的违法所得及其收益的性质和来源的行为方式多种多样，但都妨碍了司法机关对犯罪的违法所得及其收益犯罪所得赃物的追缴，协助犯罪分子逃避法律制裁，而且便于犯罪分子利用其犯罪所创造的物质条件继续进行更加严重的犯罪活动，因此，这种犯罪行为有较严重的社会危害性，需要予以惩处。

（3）主观方面是故意，即明知是毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、走私罪的违法所得及其产生的收益，故意进行洗钱活动，以达到掩饰、隐瞒其来源和性质的目的。

（4）客观方面表现为明知是毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、走私犯罪的违法所得及其产生的收益，为了掩饰、隐瞒其来源和性质，而实施了洗钱行为。具体说，有以下五种表现形式：

1、提供资金帐户。这是赃款在金融领域内流转的第一个环节，赃款持有人应首先开立一个银行帐户，然后才能将该赃款汇出境外或开出票据以供使用等。该帐户往往掩盖了赃款持有人的真实身份，具体手法是为赃款持有人提供帮助，为其在金融机构开立合法帐户或开立假帐户。通过上述行为，使赃款与赃款持有人在形式上分离，使司法机关难以追查赃款的去向。

2、协助将财产转换为现金或金融票据。毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、走私犯罪在犯罪过程中，除可以获得现金、收益外，还往往会得到大量不便于携带、难以转移的财产，诸如股票、债券、贵重金属、名人字画乃至汽车、船舶和其他一些不动产。行为人只要明知该财产是上述三种犯罪所得的，无论采取质押、抵押还是买卖的方式同财产持有人交易，将该财产换为现金或金融票据，即可构成本罪。

3、通过转帐结算方式协助资金转移，也就是将非法资金混杂于合法的现金中，凭借银行支票或其他方法使这笔资金以合法的形式出现，以便用来开办公司、企业，从而使得非法资金具有流动性并获得利润。

4、协助将资金汇往境外。将国内的赃款迅速转移至境外的一些“保密银行”是赃款持有人经常采用的方式。而在我国，资金的境内、外之间流动是在国家的监控之下，尤其是资金调往境外更不是一般的公民或企业所能办到的。所以一些特殊的享有将资金调往境外权利的公民、企业，只要其为赃款调往境外提供帮助，即可构成本罪。

5、以其他方法掩饰、隐瞒犯罪的违法所得及其收益的性质和来源的。这主要是指：将犯罪收入藏匿于汽车或其他交通工具中，带出国境，然后兑换成外币或购买财产，或以国外亲属的名字存入国外银行，然后再返回本国；开设酒吧、饭店、旅馆、超市，夜总会、舞厅等服务行业及日常大量使用现金的行业，把非法获取的收入混人合法收入之中；用现金购买不动产等然后变卖出去；用“高昂”的价格购买某种劣质的产品甚至废料等将钱寄往异地或异国的同伙，以此将钱转移出去，使赃钱合法化等。

这里有两点值得注意。第一，本罪是行为犯，只要行为人实施了上述五种行为之一，不论其犯罪目的是否达到或其结果如何，均属既遂；第二，洗钱必须是在实施毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪，走私犯罪以后才能实行，而且事先与赃款持有人（即上述三种犯罪的罪犯）没有通谋。如果事先与赃款持有人通谋，在其犯罪以后帮助洗钱的，应按照共同犯罪处理。例如，经过事先通谋，事后帮助走私分子洗钱的，应视为走私罪的共犯。

3．认定

（1）洗钱罪与窝藏、转移、收购、销售赃物罪的界限

本法第 312 条规定的窝藏、转移、收购、销售赃物罪，与本条规定的洗钱罪，两者都属于连累犯的范畴，即行为人明知是犯罪分子的违法所得，仍事后给予了犯罪分子某种帮助，因此，两者存在着很大的联系。但是，从具体犯罪构成要件而言，两者也存在着以下几方面的区别：1、侵犯的客体不同，前者侵犯的是双重客体，其中主要客体是金融管理秩序，从而该罪被归类在“破坏社会主义市场经济秩序罪”，后者侵犯的是单一客体，即社会管理秩序。2、行为的对象不同，前者特指毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、走私犯罪的违法所得及其产生的收益，后者泛指一切犯罪的所得赃物。3、行为方式不同，前者是指通过某类中介机构来隐瞒和掩饰违法所得及其收益的性质和来源，后者则包括窝藏、转移、收购或代为销售赃物四种行为。

（2）洗钱罪与窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪的界限

本法第 349 条规定的窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪与本条规定的洗钱罪，也在以下几个方面存在区别：1、侵犯的客体不同，前者侵犯的是双重客体，其中主要是金融管理秩序，后者侵犯的是单一客体，即社会管理秩序。2、行为的对象不同，前者指毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、走私犯罪等三大类罪的违法所得及其产生的收益，后者特指走私、贩卖、运输、制造毒品罪的毒品和毒赃。3、行为方式不同，前者指行为人通过中介机构将有关违法所得及其产生的收益的来源和性质加以隐满和掩饰，是属于狭义上的“洗钱”行为，后者指行为人为走私、贩卖、运输、制造毒品罪的犯罪分子窝藏、转移、隐瞒毒品或者犯罪所得的财物，是属于广义上的“洗钱”行为。

4．处罚

《刑法》第１９１条规定，犯本罪的，没收犯罪的违法所得及其产生的收益，处５年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处洗钱数额５％以上２０％以下罚金；情节严重的，处５年以上１０年以下有期徒刑，并处洗钱数额５％以上２0%以下罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

二、伪造货币罪与变造货币罪的界限

二者区别的关键在于变造货币是在真实的货币的基础上进行加工处理从而增加原货币的张数或面值，而伪造货币是将非货币的物质材料加工成伪造的货币。变造而成的假币与真实的货币之间有同一性，其特点是“由少变多”；伪造而成的假币与真实的货币之间不具有同一性，其特点是“从无到有”。

第六节　金融诈骗罪

一、重点罪（集资诈骗罪；票据诈骗罪；信用证诈骗罪、信用卡诈骗罪；保险诈骗罪）

（一）集资诈骗罪

1．定义

集资诈骗罪，是指以非法占有为目的，使用诈骗方法非法集资，数额较大的行为。

2．特征

(1)主体是一般主体，包括自然人和单位。

(2) 客体是复杂客体，既侵犯了公私财产所有权，又侵犯了国家金融管理制度。在现代社会，资金是企业进行生产经营不可缺少的资源和生产要素。而生产者、经营者自有资金极为有限，因此间社会筹集资金成为一种越来越重要的金融活动。与此同时，一些名为集资、实为诈骗的犯罪行为也开始滋生、蔓延。这种集资诈骗行为采取欺骗手段蒙骗社会公众，不仅造成投资者的经济损失，同时更干扰了金融机构储蓄、贷款等业务的正

常进行，破坏国家的金融管理秩序。广大投资者对集资活动的过份谨慎，甚至对金融机构进行集资也可能产生不信任感，影响了经济的发展。

(3)主观方面是故意,并以非法占有为目的。即犯罪行为人在主观上具有将非法聚集的资金据为己有的目的。所谓据为己有，既包括将非法募集的资金置于非法集资的个人控制之下，也包括将非法募集的资金置于本单位的控制之下。在通常情况下，这种目的具体表现为将非法募集的资金的所有权转归自己所有、或任意挥霍，或占有资金后携款潜逃等。

(4) 客观方面表现为行为人必须实施了使用诈骗方法非法集资，数额较大的行为。构成本罪行为人在客观方面应当符合以下条件：

1、必须有非法集资的行为。所谓集资，是指自然人或者法人为实现某种目的而募集资金或者集中资金的行为。依法进行的集资主要是指，公司、企业或者其他个人、团体依照法律、法规规定的条件和程序通过问社会、公众发行有价证券或者利用融资租赁、联营、合资、企业集资等方式在资金市场上筹集所需的资金。如股份有限公司、有限责任公司为了设立或者生产、经营的需要。而发行股票和债券。从当前资金市场的情况看，从事集资活动的主要是企业。一般来说，企业的集资行为必须符合以下四个条件：

(1)集资的主体应当是符合公司法规定的有限责任公司或者股份有限公司条件的公司或者其他依法设立的具有法人资格的企业。

(2)公司、企业聚集资金的目的，是为了用于公司、企业的设立或者公司、企业的生产和经营，不得用于弥补公司、企业的亏损和其他非经营性开支。

(3)公司、企业募集资金主要通过发行股票、债券或者融资租赁、联营、合资等方式进行，其中发行股票和债券是一种主要的集资方式。

(4)公司、企业在资金市场上募集资金的行为必须符合法律的规定。就是说公司、企业在资金市场上募集资金的行为必须按照公司法及其他有关募集资金的法律、法规的规定，严格按照法定的方式、程序、条件、期限、募集的对象等'行，违反法律规定募集资金的行为是不允许的。

所谓非法集资，是指公司、企业、个人或其他组织未经批准。违反法律、法规，通过不正当的渠道，向社会公众或者集体募集资金的行为，是构成本罪的行为实质所在。

司法实践中，行为人具有下列情形之一的，应认定其行为属于使用诈骗方法非法集资:(1)集资后携带集资款潜逃的;(2)未将集资款按约定用途使用，而是擅自挥霍、滥用，致使集资款无法返还的;(3)使用集资款进行违法犯罪活动，致使集资款无法返还的;(4)向集资者允诺到期支付超过银行同期最高浮动利率 50@0以上的高回报率的。

2、集资是通过使用诈骗方法实施的。所谓使用诈骗方法，是指行为人以非法占有为目的，编造谎言，捏造或者隐瞒事实真相，骗取他人的资金的行为。在实践中，犯罪分子使用诈骗方法非法集资行为主要是利用公众缺乏投资知识、盲目进行投资的心理，钻市场经济条件下经济活动纷繁复杂、投资法制不健全的空子进行的。如有的行为人谎称其集资得到政府领导和有关主管部门同意，有时甚至伪造有关批件，以骗取社会公众信任；有的大肆登载虚假广告，引起社会公众投资盈利心理；有的打着举办集体企业或发展高科技的幌子，以良好的经济效益和优厚的红利为诱饵；有的虚构实际上并不存在的企业或企业计划。只要行为人采用了隐瞒真相或虚构事实的方法进行集资的，均属于使用欺骗方法非法集资行为。

3、使用诈骗方法非法集资必须达到数额较大，才构成犯罪。否则，不构成犯罪。

3．认定

(1)集资诈骗罪与非罪的界限

1、行为人主观上是否具有非法占有他人财物的目的。如果行为人无此目的，其行为属于一般的集资借贷。即使行为人为获得集资款而行意夸大了回报集资的条件，而且集资后因经营管理不善或市场因素变化等原因造

成亏损而无力偿付集资本息并引起纠纷的，也只能按债务纠纷处理，而不能以犯罪论处。

2、集资诈骗的数额大小。如果数额不大的，不应认定构成犯罪。

（2）集资诈骗罪与诈骗罪的界限

集资诈骗罪实际上是一种特殊的诈骗罪，因此它既有一般诈骗罪所具有的共性，也具有一般诈骗罪所不具有的特殊性。主要区别是：1、犯罪的对象不同。本罪的对象是不特定多数人的用以集资获利的资金，包括金钱与财物；但后罪即诈骗罪的对象则是特定的，即行为人是针对某一特定的人或单位去实施诈骗行为并获取其钱财。2、客观行为的表现形式不同。诈骗罪在客观方面表现为用虚构事实或隐瞒真相直接使被骗人交付财物的行为，被骗人交付财物既可以是为了投资营利，亦可以是购买某物或借给欺骗人；但本罪不仅要使用诈骗方法即虚构事实或隐瞒真相的方法，而且还是以聚集资金的名义进行的，被骗人交付钱财是认为所交付的资金是集资而营利，而没有其他意图。这样，本罪客观行为不仅要有诈骗的方法，而且还要有非法集资的行为，诈骗方法实施的目的就是为了骗取他人用以集资的钱财，而不是他种用途的财物。当然，从诈骗行为的本质来讲，其应当包括诈骗他人集资的行为在内。这样就使得本罪行为为诈骗罪的行为所包容，形成两者之间的包容与被包容的法条竞合的关系，根据法条竞合的适用原则，没有特别规定的，应当依照特别法条定罪量刑。对于本罪与诈骗罪而言，本罪行为是被包容的法条属特别法条，因此，对以诈骗方法骗取集资的，应当以本罪定罪科刑。

（3）本罪与非法吸收公众存款罪的界限

非法吸收公众存款，在一定意义上讲，也是一种非法集资的形式，主要区别是：l、侵犯的对象不同。本罪的对象是他人用于集资获利所交付的集资款，既可以表现为资金，又可以表现为财物；后罪的对象则是公众的存款，它只能表现为金钱的形式，并且只能以存款人用于存款而获取一定利息的形式出现。2、犯罪客观行为的表现方式不同。本罪是以诈骗的方法去非法聚集资金，表现为诈骗方法与非法集资两种行为的统一。诈骗行为属于方法行为，其是为非法集资这一目的行为服务的；后罪即非法吸收公众存款罪，是以存款的形式非法吸收公众存款。其虽可采用欺骗的方法进行，但不是必备的条件之一。3、犯罪的目的不同。本罪的目的是为了将所非法募集到的集资资金据为己有，即具有非法占有之目的；但非法吸收公众存款罪的目的是为了营利，其不具有占有的目的意图。如果出于占有的故意采取以存款的形式骗取他人存款的，则不构成其罪，而应构成本罪。为了营利，是指将所聚集的资金用于一些诸如生产投资、高利放贷等生产或服务的经营活动。4、侵犯的客体不同。本罪侵犯的客体为双重客体，其既侵犯了国家有关集资的金融管理制度、而且亦会侵犯公私财物所有权；可后罪侵犯的客体却是单一的，即为国家有关集资主要是吸收公众存款的金融信贷管理制度。行为人出于营利之目的非法吸收公众存款用于了经营，但由于经营不善或意外事故等原因造成了经营的亏损，即使无法给存款人还本付息，亦不能认定为出于非法占有之目的，构成犯罪的，也只能依非法吸收公众存款罪定罪处罚。因此无法支付存款人的本息而造成存款人的经济损失，则作为一个量刑情节加以考虑。

（4）本罪与擅自发行股票、公司、企业债券罪、欺诈发行股票、债券罪的界限

本罪的诈骗方法亦可以通过欺诈或擅自发行股票、债券等行为来实现，其关键区别在于目的不同。如果不是出于非法占有的目的而是出于作法牟取经济利润的目的，应以后者等定罪，如果出于非法占有之目的、则应以本罪定罪科刑。

4．处罚

《刑法》第１９２条、第１９９条规定，犯本罪的，处５年以下有期徒刑或者拘役，并处２万元以上 20万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处５年以上１０年以下有期徒刑，并处５万元以上５０万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处１０年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处５万元以上５０万元以下罚金或者没收财产；数额特别巨大并且给国家和人民利益造成特别重大损失的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。以上的情节严重、情节特别严重，分别是指数额巨大或者具有其他严重的情节，以及数额特别巨大或具有其他特别严重的情节。这就是说，非法集资诈骗的数额并不是本罪量刑的唯一依据。在具体

科刑时，既要考虑集资诈骗的数额大小，又要考虑行为人的犯罪情节，如是否一贯进行非法集资诈骗，是否为组成集资诈骗集团的首要分子，给被集资人造成的经济损失，给社会造成的影响等等，以及犯罪分子的一贯表现、罪后态度和退赃的情况，综合评价其行为的社会危害性程度，区别对待，予以量刑。至于数额巨大、特别巨大的起点,参照最高人民法院l996年12月16日《关于审理诈骗案件具体应用法律若干问题的解释》的规定，个人集资诈骗20万元以上，单位在50万元以上的，便可认定为数额巨大；个人诈骗在100万元以上，单位在250万元以上的，则可认定属于数额特别巨大。

《刑法》第２００条规定，单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处5年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大或者有其他严重情节的，处5年以上１０年以下有期徒刑；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处１０年以上有期徒刑或者无期徒刑。

（二）票据诈骗罪

1．定义

票据诈骗罪，是指进行金融票据诈骗活动，数额较大的行为。

2．特征

(1)主体是一般主体、凡达到刑事责任年龄并具有刑事责任能力的自然人均可构成。根据本节第200条之规定，单位亦能成为本罪的主体。银行或其他金融机构的工作人员与票据诈骗的犯罪分子串通，即在实施票据诈骗的前后过程中，相互暗中勾结、共同策划、商量对策、充当内应，为诈骗犯罪分子提供诈骗帮助的，应以票据诈骗共犯论处。这是因为，进行票据诈骗活动实现其非法骗取他人财物的意图，往往离不开银行或其他金融机构的内部工作人员利用职务上的便利为犯罪分子提供企业帐号、联行行号及密押等信息。还应注意的是、对于银行等金融机构的工作人员的上述行为不能一概而以票据诈骗共犯而论。例如，因自己的利用职务之便的主要行为，造成了本单位的经济损失的，此时应当按照贪污罪或职务侵占罪定性。只有因其帮助行为在造成了除自己所在金融机构以外的其他金融机构的经济损失的,以及不是金融机构工作人员为主利用职务之便而侵吞、诈骗的，才以本罪共犯处罚。但无论以何罪处罚、都应从重处罚。如果在进行此种犯罪的过程中还有其他犯罪行为如受贿的，则按牵连犯从重处罚。

(2)客体是复杂客体,既侵犯了他人的财物所有权,又侵犯了国家的金融管理制度。金融票据是可流通转让的信用支付工具。广义的金融票据包括各种有价证券，狭义的金融票据仅指汇票、本票和支票。作为一种可流通转让的有价证券，金融票据具有有价性、物权性、无因性、要式性等特点。有价性即金融票据以支付一定金钱为目的；物权性即占有票据就享有物权，持票人可以依法向票据债务人行使请求权；无因性即持票人出示票据就可以行使票据权利，对取得票据的原因不负证明责任；要式性指票据形式和内容必须符合法律规定，否则无效。由于金融票据具有上述特点，使用金融票据可以使资金使用效益大大提高，加速资金周转，及时清结债权债务，规范商业信用，还可以减少现金使用，节省流通费用。因此发展金融票据业务已成为我国金融制度改革的一个重要方向。但是，金融票据的上述特点也使违法犯罪分子出于贪利目的而想方设法利用票据或者使用伪造、变造的票据骗取他人财物的犯罪日益突出。这类犯罪往往是在金融票据的流通和使用过程中进行的，因而它不仅侵犯了他人财产权利，更影响了金融票据的信誉，妨害了金融票据的正常流通和使用，破坏了国家对金融票据业务的管理制度。

(3)主观方面是故意,并具有骗取财物或非法谋利的目的。如果行为人出于过失而使用金融票据,如不知是伪造、变造或作废的金融票据、误签空头支票、对票据事项因过失而导致记载错误等，不构成犯罪。

(4)客观方面表现为进行金融票据诈骗活动。具体表现为以下几种形式:①明知是伪造、变造的汇票、本票、支票而使用的。这里的使用，是指行为人故意将伪造、变造的汇票、本票、支票作为支付、结算、流通、融资、信用工具使用，直接或间接地骗取他人财物。②明知是作废的汇票、本票、支票而使用的。这里的作废，是指根据法律和有关规定不能使用,即原来真实有效的票据失去票据效力。③冒用他人的汇票、本票、支票的。这里

的冒用，是指行为人擅自以票据权利人的名义，支配、使用、转让自己不具备支配权利的他人票据，进行诈骗的行为。实践中，冒用他人汇票、本票、支票进行诈骗的，主要有：行为人以欺诈、偷盗等非法手段获取票据，或者明知道是以非法手段获取的票据,而加以冒用的；行为人有代理权但超越代理权限而使用他人票据进行诈骗的；行为人没有代理权而以代理人的名义，使用他人委托代为保管的或者捡拾他人遗失的票据，进行诈骗活动的，等等。④签发空头支票或者与其预留印鉴不符的支票，骗取财物的。空头支票，是指出票人所签发的支票金额超出其银行存款帐户余额或者透支额度而不能兑付的支票。签发与其预留印鉴不符的支票，是指支票签发人在其签发的支票上加盖与其预留在银行或其他金融机构处的印鉴不一致的财务公章或者支票签发人的名章。⑤汇票、本票的出票人签发无资金保证的汇票、本票或者在出票时作虚假记载，骗取财物的。出票，是指出票人签发票据并将其交付收款人的票据行为。汇票、本票的出票人在出票时，必须有可靠的资金保证其兑付。所谓资金保证，是指出票人在承兑票据时具有票据支付能力,也就是说出票人应保证其签发的汇票、本票到期日时能得到支付。⑥使用伪造、变造的委托收款凭证、汇款凭证、银行存单等其他银行结算凭证，骗取财物的。委托收款凭证、汇款凭证、银行存单等银行结算凭证，是银行结算业务中不可缺少的金融凭证，同汇票、本票、支票一样，也可以成为金融诈骗犯罪的对象。

进行金融票据诈骗活动，数额较大的，才构成犯罪，否则不构成犯罪。审判实践中，自然人进行金融票据诈骗数额在5千元以上的，单位进行金融票据诈骗数额在１０万元以上的，属于数额较大。

3．认定

（1）金融票据诈骗罪与非罪的界限

行为人主观上是否明知，是否以骗取他人财物为目的是区别罪与非罪的重要标准。本条为避免混淆罪与非罪的界限，对行为人主观方面的一些状况进行了特别规定。如使用伪造、变造、或者作废的汇票、本票、支票，行为人在主观上必须是“明知”的，在主观上是否明知其所使用的汇票、本票、支票是伪造、变造或者作废的，是划分是否构成本罪的重要界限之一。如果行为人在使用汇票、本票、支票时，在主观上确实不知道该票据是伪造、变造或者作废的，则不构成本罪。应当注意的是，在司法实践中判断行为人主观上是否明知，不是仅依据行为人自己的供述，而是要在全面了解整个案件的基础上进行综合分析后得出结论。对于冒用他人的票据、签发空头支票或者与其预留印鉴不符的支票、签发无资金保证的汇票、本票或者在出票时作虚伪记载以及使用伪造、变造的其他银行结算凭证的行为人必须具有诈骗他人财物的故意和目的，没有这种故意和目的，就不能构成本罪。

一般说来，具有以下情形的行为不构成犯罪：

（1）不知是伪造、变造、作废的金融票据而使用的；

（2）将他人的金融票据误认为是自己的金融票据而使用的；

（3）不知存款已不足而误签空头支票或者误签与其预留印鉴不符的支票的；

（4）签发汇票、本票时因过失而作错误记载的：

（5）不知是伪造、变造的委托收款凭证、汇款凭证、银行存单而使用的等等。

（2）区分票据诈骗罪与伪造、变造金融票证罪的界限

两罪的根本区别在于，伪造、变造金融票证罪惩治的是伪造、变造行为本身，而金融票据诈骗罪惩治的是使用这些金融票据进行诈骗的行为。如果行为人仅仅是伪造、变造金融票证，而没有使用的，则这种行为触犯了第177条的规定，构成伪造、变造金融票证罪。但司法实践中这两种犯罪往往又是联系在一起的，表现为行为人先伪造、变造汇票、本票、支票或者其他银行结算凭证，然后使用该伪造、变造的票证进行诈骗活动，这种情形实际上属于一种牵连犯的情形，应当从一重罪，即按票据诈骗罪论罪处罚，而不实行数罪并罚。

4．处罚

《刑法》第１９４条规定，犯本罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处2万元以上２０万元以下罚金；

数额巨大或者有其他严重情节的，处5年以上１０年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处１０年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处5万元以上５０万元以下罚金或者没收财产。

《刑法》第１９９条规定，犯本罪，数额特别巨大并且给国家和人民利益造成特别重大损失的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。

《刑法》第２００条规定，单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处5年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大或者有其他严重情节的，处5年以上１０年以下有期徒刑；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处１０年以上有期徒刑或者无期徒刑。

所谓情节严重，是指诈骗数额巨大或者具有其他严重情节。所谓数额巨大，参照《解释》规定：是指个人诈骗数额达5万元以上，单位诈骗金额达30万元以上。至于其他严重情节，一般是指进行票据诈骗集团的首要分子；多次进行票据诈骗、恶习不改的；因其诈骗造成受害人巨大经济损失的；诈骗票据款项用于其他违法犯罪活动的；等等。

所谓情节特别严重，是指诈骗数额特别巨大或者具有其他特别严重情节。个人诈骗数额达到l0万元以上，单位诈骗达到l00万元以上的，参照《解释》规定，即可认定为数额特别巨大。至于其他特别严重情节，主要是指以票据诈骗为常业的，因其诈骗造成他人特别巨大经济损失的，属于惯犯、累犯或多次作案的，具有多个严重情节的，等等。

（三）信用证诈骗罪

1．定义

信用证诈骗罪，是指使用伪造、变造的信用证或者附随的单据、文件的，或者使用作废的信用证，或者骗取信用证，或者以其他方法进行信用证诈骗活动的行为。

2．特征

(1)主体是一般主体，包括自然人和单位。

(2)客体是复杂客体，即信用证管理制度和公私财物所有权。

(3)主观方面是故意，并以非法占有为目的。

(4)客观方面表现为信用证诈骗行为，具体表现为以下几种行为方式：①使用伪造、变造的信用证或者随附的单据、文件的。这在实践中主要是假冒信用证诈骗银行、出口商或者进口商财物的情形。②使用作废的信用证。这是指使用过期、无效或者经人涂改的信用证，进行诈骗活动的情形。③骗取信用证。这是指行为人编造事实或者隐瞒事实，欺骗银行为其开具信用证的情形。④以其他方法进行信用证诈骗活动。这是一种概括性规定，是指上述三种方法以外的其他信用证诈骗活动，实践中主要有：采用远期信用证支付时，进口商先取货，后付款，在信用证到期前的这段时间里，转移、隐匿财产，骗取财物；有的则与不法银行勾结，在信用证到期付款前，将银行资金转移，宣告资不抵债，从而非法占有进口货物的；利用“软条款”信用证,非法占有进口财物的,等等。软条款信用证是指在开立信用证时故意规定一些隐蔽性的条款，使开证人或者开证行可以单方面随时解除付款责任的信用证。实践中，这些软条款主要表现为：信用证开出后暂不生效，需待开证行签发通知后生效；规定品质书须由开证申请人出具，或须由开证行核实或与开证行存档之鉴样相符；收货收据须开证申请人签发或核实，等等。行为人可以利用软条款信用证，在国际贸易中进行民事欺诈，也可以以非法占有为目的，进行诈骗犯罪。

4．处罚

《刑法》第１９５条规定，犯本罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处2万元以上２０万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处5年以上１０年以下有期徒刑，并处5万元以上５０万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处１０年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处5万元以上５０万元以下罚

金或者没收财产。

《刑法》第１９９条规定，犯本罪数额特别巨大并且给国家和人民利益造成特别重大损失的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。

《刑法》第２００条规定，单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处5年以下有期徒刑或者拘役，数额巨大或者有其他严重情节的，处5年以上１０年以下有期徒刑；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处１０年以上有期徒刑或者无期徒刑。

（四）信用卡诈骗罪

1．定义

信用卡诈骗罪，是指以非法占有为目的，使用伪造或者作废的信用卡，或者冒用他人信用卡，或者利用信用卡恶意透支，诈骗公私财物，数额较大的行为。

2.特征

(1)主体是一般主体，但仅限于自然人。

(2)客体是复杂客体，即国家金融管理秩序和公私财物所有权。

(3)主观方面是故意，并以非法占有为目的。

(4)客观方面表现为信用卡诈骗行为，具体表现为以下四种形式：①使用伪造的信用卡的行为。这里的使用，是指行为人明知是伪造的信用卡而将其作为存取现金、转帐结算、消费信贷的工具加以使用，从而骗取公私财物的情形。②使用作废的信用卡的行为。作废的信用卡，是指因超过有效使用期限或办理了退卡手续或挂失等原因而失效作废的信用卡。③冒用他人信用卡的行为。冒用他人信用卡的诈骗行为，表现为非持卡人以持卡人的名义使用持卡人的信用卡骗取财物的行为。④恶意透支的行为。恶意透支，是指持卡人以非法占有为目的，超过规定限额或者规定期限透支，并且经发卡银行催收后仍不归还的行为。实践中，行为人明知自己无力偿还而恶意透支的，应视为以非法占有为目的。利用信用卡恶意透支，骗取财物金额５０００元以上，逃避追查，或者经银行进行还款催告超过 3 个月仍未归还的，应追究刑事责任。持卡人在银行交纳保证金的，其恶意透支金额以超出保证金的数额计算。

信用卡诈骗行为，数额较大的，始构成犯罪，否则不构成犯罪。

3.认定

（１）伪造信用卡并使用伪造的信用卡进行诈骗活动，诈骗数额较大的，属于牵连犯的情形，实践中从一重罪论处，一般以信用卡诈骗罪追究刑事责任。

（２）盗窃信用卡并使用的，以盗窃罪论处。盗窃信用卡之后，行为人以使用伪造的身份证并模仿持卡人签字的方式，或以其他方式，冒用持卡人的名义使用持卡人的信用卡，骗取财物，数额较大的，以盗窃罪论处。因为在这种情况下盗窃行为是主行为,行为人冒用他人名义使用信用卡的行为是盗窃罪的继续，是从行为。应当注意的是，行为人盗窃的

信用卡，必须是真的有效的信用卡，如果盗窃的是伪造的或者作废的信用卡，行为人不知是伪造的或者作废的信用卡而使用的，应以盗窃罪论处。行为人知道盗窃而来的信用卡是伪造的或者作废的，而利用盗窃的伪造的或者作废的信用卡进行诈骗活动的，应以信用卡诈骗罪论处。

4．处罚

《刑法》第１９６条规定，犯本罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处2万元以上２０万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处5年以上１０年以下有期徒刑，并处5万元以上５０万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处１０年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处 5 万元以上５０万元以下罚金或者没收财产。

（五）保险诈骗罪

1．定义

保险诈骗罪，是指进行保险诈骗活动，骗取保险金，数额较大的行为。

2．特征

(1)主体是一般主体，自然人和单位均可以成为本罪的主体。保险事故的鉴定人、证明人、财产评估人故意提供虚假的证明文件，为他人诈骗提供条件的，以保险诈骗的共犯论处。

(2)客体是保险金融秩序和保险公司财产。

(3)主观方面是故意，并具有非法占有保险金的目的。

(4)客观方面表现为进行保险诈骗活动，骗取保险金的行为。具体表现为：①投保人故意虚构保险标的，骗取保险金的；②投保人、被保险人或者受益人对发生的保险事故编造虚假的原因或者夸大损失的程度，骗取保险金的；③投保人、被保险人或者受益人编造未曾发生的保险事故，骗取保险金的；④投保人、被保险人故意造成财产损失的保险事故，骗取保险金的；⑤投保人、受益人故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病，骗取保险金的。

保险诈骗行为，骗取保险金数额较大的，才构成犯罪，否则不构成犯罪。

3．处罚

《刑法》第１９８条规定，犯本罪的，处５年以下有期徒刑或者拘役，并处１万元以上１０万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处５年以上１０年以下有期徒刑，并处２万元以上２０万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处１０年以上有期徒刑，并处２万元以上２０万元以下罚金或者没收财产。

单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处５年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大或者有其他严重情节的，处５年以上１０年以下有期徒刑；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处１０年以上有期徒刑。

二、各种经济诈骗罪与诈骗罪的界限

重点把握其犯罪手段的不同。

第七节　危害税收征管罪

一、重点罪（偷税罪；抗税罪；骗取出口退税罪；虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪）

（一）偷税罪

1．定义

偷税罪，是指违反税收法规，采取伪造、变造、隐匿、擅自销毁帐簿、记帐凭证，在帐簿上多列支出或者不列、少列收入，经税务机关通知申报而拒不申报或者进行虚假的纳税申报的手段，不缴或者少缴应纳税款或者已扣、已收税款，情节严重的行为。

2．特征

（１）主体是特殊主体，即纳税人和扣缴义务人。纳税人，是指法律、行政法规规定负有纳税义务的法人和个人。扣缴义务人，是指法律、行政法规规定负有代扣代缴、代收代缴税款义务的法人和个人。县市税务机关在法律规定的扣缴义务人以外委托的代理税务机关办理税款征收业务的代征人，不能成为本罪的主体。

（２）客体是国家税收征管制度。

（３）主观上是出自故意。故意的内容表现为明知应依法缴纳税款，却有意不缴或少缴税款。纳税人并非故意未缴或者少缴税款，因过失而漏税的行为不构成偷税罪。

（４）客观上表现为，违反国家税收法规，以虚假手段不缴或者少缴税款的行为。这包括三方面的内容：第一，违反税收法规。第二，采取了欺骗、隐瞒等虚假手段，这主要有三种情况：一是伪造、变造、隐匿、擅自销毁帐簿、记帐凭证；二是在帐簿上多列支出或不列、少列收入；三是经税务机关通知申报而拒不申报或者进行虚假的纳税申报。第三，不缴或者少缴应纳税款或已扣、已收税款。

偷税行为情节严重的，才构成犯罪。根据刑法的规定，以下三种情况的偷税行为，应以犯罪论处：①纳税人偷税数额占应纳税额的 10%□以上并且偷税数额在 1 万元以上的；②纳税人因偷税被税务机关给予二次行政处罚又偷税的；③扣缴义务人不缴或者少缴已扣、已收税款，数额占应缴税额的 10%□以上并且数额在 1 万元以上的。对于多次犯有偷税行为，未经税务机关或者司法机关作出行政或者司法处理的，偷税数额按照累计数额计算。

3．认定

实践中需要将偷税行为与漏税、欠税行为区别开来。偷税行为情节严重的，构成偷税罪，漏税、欠税行为则不构成犯罪。漏税，是指纳税单位和个人并非故意未缴或少缴税款的行为。如：由于不了解、不熟悉税法规定和财务制度或因工作粗心大意，错用税率、漏报应税项目，不计应税数量、销售金额和经营利润等。欠税，是指纳税人因故超过税务机关核定的纳税期限，未缴或者少缴税款的行为。“因故”是指纳税人因为能够成立的理由而不能按期全部或部分地缴纳税款。因此，偷税与漏税、欠税的根本区别在于，偷税有偷税的故意，并且通过伪造、变造、隐匿、擅自销毁帐簿、记帐凭证，在帐簿上多列支出或者不列、少列收入，以及经税务机关通知申报而拒不申报或者进行虚假的纳税申报等违法行为表现出来，而漏税和欠税行为则无偷税的故意以及上述违法行为。

4．处罚

第２０１条规定，犯本罪的，偷税数额占应纳税额的 10%以上不满 30%并且偷税数额在 1 万元以上不满 10 万元的，□或者因偷税被税务机关给予二次行政处罚又偷税的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处偷税数额 1 倍以上 5 倍以下罚金；偷税数额占应纳税额的３０％以上并且偷税数额在１０万元以上的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处偷税数额 1 倍以上 5 倍以下罚金。第２１１条规定，单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

（二）抗税罪

1．定义

抗税罪，是指以暴力、威胁方法拒不缴纳税款的行为。

2．特征

(1)主体是是依法负有纳税义务和扣缴税款义务的人，既包括个人、也包括单位，本条没有明确规定单位可以成为本罪的主体。但从本条的立法精神以及抗税罪和偷税罪的联系来看、抗税罪的主体应与偷税罪的相同，既包括负有纳税义务的自然人，也包括负有纳税义务的单位。单位犯本罪的，由其直接负责的主管人员和直接责任人员承担刑事责任。

(2)客体是复杂客体，既侵犯了国家的税收管理制度，又由于采用暴力、威胁方法抗拒缴纳应纳税款，必然同时侵犯执行征税职务活动的税务人员的人身权利。其犯罪对象，包括依法应缴纳的税款及依法征税的税务人员。这里的税款是除关税以外的国内税收。这是的税务人员也限于依法征收国内税的工作人员。这是抗税罪区别于走私罪、妨害公务罪和其他犯罪的重要标志。

(3)主观方面是故意，即明知应依法缴纳税款，却故意以暴力、威胁方法拒不缴纳。

（4）客观方面表现为违反税收法规，以暴力、威胁方法把不缴纳税款的行为。

l、抗税罪表现为违反税收法规的行为。税收法规主要指《税收征收管理法》等法律、法规。如果行为没有违反税收法规则不能构成抗税罪。如没有纳税义务的个人用暴力阻碍税务人员征税，虽然客观上使他人得以拒不缴纳税款，但其行为违反的不是税收法规，不能以抗税罪沦处。

2、抗税罪表现为以暴力、威胁方法拒不缴纳税款的行为。这是抗税罪与偷税罪的根本区别。所谓暴力，是指犯罪分子对他人身体实施袭击或者使用其他强暴手段，如殴打、伤害、捆绑、禁闭等足以危及他人人身安全的行为；所谓胁迫，里指犯罪分子对他人进行威胁、恫吓，达到精神上的强制、使他人不能抗拒的手段。如手持凶器威吓，扬言行凶报复、揭发隐私、毁坏名誉、加害亲属等相威胁，根据本条，只要行为人实施了以暴力、威胁方法拒不缴纳税款的行为就可以构成抗税罪、而不需要达到情节严重的程度，当然，根据本法第l3条的规定、如果情节显著轻微危害不大的则不认为是犯罪、如果行为人拒不缴纳税款的行为不是以上述暴力、威胁方法实施的，而是以诸如不能成立的各种理由为借口进行抵制或者只是消极地不缴纳税款等，则不构成本罪。

3．认定

（1）抗税罪与非罪的界限

1、抗税罪与欠税的区别，欠税，又称拖欠税款，是指纳税人或扣缴义务人由于客观原因超过了税务机关核定的纳税期限，未缴或者少缴税款的行为、一般表现为消极的不作为，欠税与抗税罪在主观上都具有故意性，行为都具有公开性，既欠税人未缴税款与抗税罪的拒不缴纳税款一样，都是行为人明知没有缴纳税款，且毫不欺骗或隐瞒，税务机关也知道其未缴纳税款。两者的不同点在于，第一，抗税罪具有逃避缴纳税款而非法获利的目的，欠税、一般并不具有逃避缴纳税款的目的、而多是因故不缴纳或故意暂时拖欠。第二、抗税罪表现为以暴力、威胁方法拒不缴纳税款的行为，而欠税并不采用暴力威胁方法、一般表现为消极的不作为。

2、抗税罪与一般拒不缴纳税款行为的界限。两者区分的关键在于是否采取了暴力、威胁的方法。抗税罪是采取暴力、威胁方法拒不缴纳税款的行为，而一般拒不缴纳税款的行为并没有采取暴力、威胁的方法进行，多表现为无视税收法规，消极地拒不缴纳税款；以各种借口，采取软磨硬泡的方式，抵制税务机关的纳税通知，拒不纳税；拒不依法办理纳税申报或提供纳税资料；或者因发生纳税争议而拒不纳税。对于一般的拒不缴纳税款的行为应由税务机关依照税收法规处理，构成其他罪的按照其他罪论处，但不能以抗税罪论处。《税收征收管理法》第45条规定，抗税情节轻微，未构成犯罪的，由税务机关追缴应缴的税款，并处以拒缴税款五倍以下的罚款。因此，两者的界限在于情节是否轻微。犯罪情节可考虑两方面内容，一是暴力程度、后果以及威胁的内容；二是拒缴税款数额大小及抗税次数的多少。如只有一般推搡等行为、未造成比较严重后果的：或只有一般威胁言词的；或者数额小且是偶尔为之的，可认为属于情节轻微而不构成犯罪。

3、抗税罪与使用暴力、威胁方法拒缴错征税款的界限。错征税款是因税收人员工作疏忽或者不熟悉税法等原因搞错征税对象、征税项目和应税数额等错误征税的行为，如该减免未减免、应少征却多征以及重复征收等。在该种情况下，如果税务人员坚持征税而引起抗拒缴纳的、不以抗税罪论处，如果使用暴力造成税务人员伤害的，可以按伤害罪追究其刑事责任。

（2）抗税罪与偷税罪的界限

1、主体要件不同。抗税罪只能由个人和单位的直接责任人员构成：而偷税罪的主体则包括单位和个人也包括单位的直接主管人员和其他直接责任人员。

2、客观方面不同。抗税罪表现为以暴力、威胁方法拒不缴纳税款的行为；偷税罪则表现为采取伪造、变造、隐匿、擅自销毁帐簿、记帐凭证、在帐簿上多列支出或者不列、少列收入，经税务机关通知申报而拒不申报或者进行虚假纳税申报的手段，不缴或者少缴税款的行为。

3、犯罪标准不同。抗税罪只要行为人实施了以暴力、威胁方法拒不缴纳税款的行为就可构成，而偷税罪必须是偷税行为情节严重的才构成犯罪。

（3）抗税罪与妨害公务罪的界限

妨害公务罪与抗税罪在客观方面都表现为以暴力、威胁方法的手段，主观上都出于故意，其不同之处在于：

l、主体不同。妨害公务罪的主体要件是一般主体，凡达到刑事责任年龄且具有刑事责任能力的自然人都可以构成；抗税罪的主体要件是特殊主体、只有负有纳税义务或者代扣代缴、代收代缴税款义务的个人或单位的直接责任人员才可以构成。

2、主观目的不同。妨害公务罪目的在于使国家工作人员不能依法执行职务，抗税罪目的在于逃避缴纳税款而非法获利。

3、犯罪对象的范围不同。抗税罪侵害的对象是执行税收征管任务的税务人员；而妨害公务罪侵害的对象则是执行职务的国家工作人员，后者范围较广，前者属于后者的一种。

4、侵犯的客体不同。妨害公务罪侵犯的是国家机关的公务活动；抗税罪侵犯的是国家的税收管理制度。在实践中，纳税人以暴力、威胁方法阻碍税务人员依法征税的，都应以抗税罪论处。只有不负有纳税义务的个人以暴力、威胁方法阻碍税务人员征税，且事先与纳税人无通谋的，才构成妨害公务罪。

4．处罚

第202条规定，犯本罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处拒缴税款1倍以上5倍以下的罚金；情节严重的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处拒缴税款1倍以上5倍以下罚金。

（三）骗取出口退税罪

1．概念

骗取出口退税罪，是指以假报出口或者其他欺骗手段，骗取国家出口退税款，数额较大的行为。

2．特征

(1)主体为一般主体，凡达到刑事责任年龄且具备刑事责任能力的自然人均能构成本罪主体，依本节第211条之规定，单位亦能构成本罪。其中单位主要是具有出口经营权的单位。因为出口退税实质上是国家为了鼓励产品出口而给予的财政性资助，不具有出口经营权的单位不可能享受这种优惠。根据现行税法的规定，我国享有出口退税权的单位有三种：(l)享有独立对外出口经营权的中央和地方的外贸企业、工业贸易公司以及部分工业生产企业；(2)特定出口退税企业，如外轮供应公司、对外承包工程公司等；(3)委托出口企业。前两种单位可直接申报出口退税，自然可以构成本罪主体、后一种情况中、委托方虽不具有直接出口经营权，但其仍有权享有出口退税利益，所以也可以构成本罪主体。至于代理方本身具有直接出口经营权，当然可以成为本罪主体。

(2)客体是国家出口退税管理制度和国家财产权。出口退税制度，是指国家为了体现税收鼓励出口的政策，使出口商品以不含税的价格进入国际市场，以提高出口商品在国际市场的竞争能力，依法对在国内已征增值税、营业税、消费税的产品（除国家明确规定不予退税的产品外），在其出口时将已征税款予以退还的制度。它是我国恃定税收政策的产物。在1985年初，国务院对我国税收政策、外贸政策进行重大调整，决定从l985年4月1日起对所有经营外贸业务的企业、事业单位的出口产品全面实行退税政策，以增强其出口产品在国际市场上的竞争能力，支持出口创汇，同时还颁布了《出口产品退税审批管理办法》等相应的法规，自此，出口退税成为我国税收领域中一普遍而又独特的活动。1988年1月开始实行全面彻底退税，属于产品税、增值税征收范围的产品，按核定的综合退税率计算退税，并对出口的应退税款一律由国家预算收入退付。1991年开始实行外贸体制改革，重申出口退税政策不变，但改由中央和地方共同负担出口退税。至此，我国已建立起了一套完整的出口退税制度。实践证明，实行出口退税制度，对于鼓励出口，扩大和占领国际市场，参与国际竞争，发展外向型经济，都具有重要意义。然而，少数企业事业单位却趁机采取假报出口等手段，骗取国家出口退税款。它不仅严重地破坏了国家关于出口退税的管理制度，扰乱了国家出口退税政策的顺利执行，而且还给国家财政造成严重损失。

(3)主观方面为直接故意，并且具有骗取出口退税的目的。由于出口企业工作人员的失误，或者产品出口以后由于质最等原因又被退回，造成税务机关多退税款的，因没有骗税的犯罪故意，因此不能以骗取出门退税款罪追究其刑事责任，而只能由税务机关责令出口企业限期退回其多退的税款，属于出口企业失误的，还可按日加收滞纳金。出口企业骗取出口退税的动机，一般是为了完成国家规定的继续享有进出口经营权所必须达到的创汇任务，并从中嫌取一定比例的代理出口手续费。但是动机并不影响本罪的成立。

(4) 客观方面表现为采取以假报出口等欺骗手段，骗取国家出口退税款，数额较大的行为。

骗税是以退税为前提的。我国目前退税有两种基本形式，一种是一般的退税，另一种是出口退税。一般的退税是指由于税务机关错用税率或纳税人申报的错误，或者国家税收政策调整等，造成多证或误征税收，而按规定把多证或误征的税款退还给原纳税人，以及按照规定提取的代征代扣税收的手续费、集贸市场税收分成和按照税收管理制度规定批准的减免税的退税。这种退税属于正常的退税，如果行为人以欺骗、隐瞒等手段骗取这种退税的，属于一般的骗税。由于税务机关根据原征税凭证能够对一般的退税进行比较有效的监督管理，因此对一般的骗税只视为偷税行为进行处罚、数额较大的可以偷税罪论处。而出口退税不同于一般的退税、这种退税是国家为鼓励出门，增强产品在国际市场上的竞争能力而给予的优惠待遇，而不是因对纳税人多证、误征或减免税收等引起的退税，因此骗取出口退税比一般的骗税的危害性要大。

I、行为人采取了假报出口等欺骗手段。根据司法实践，常见的欺骗手段主要有：

(1)串通有出口经营权企业，非法获取出口单证、代理出口业务。在这一环节中，犯罪分子通常主动找到有关外贸企业，以给“回扣”等各种条件为诱饵、提出代为组织国内“货源”、代理寻找外商客户和代理出口报关等项业务。在外贺企业作出承诺后，犯罪分子以外商名义发来订单，有的犯罪分子甚至随身携带伪造的境外公司印章，直接以外商代理人身份与外贸企业签订出口协议书。与此同时，犯罪分子又以代为组织国内“货源”名义，串通国内不法生产、销售企业与外贸公司签订内贸合同；有的犯罪分子甚至直接与外贸公同签订内贸合同，同时向外贸企业提供虚开代开的增值税专用发票，并取得外贸企业提供的出口报关单等单证，代理外贸企业进行所谓 “出口报关”业务。

(2)串通国内不法生产、销售企业，非法获取虚开、代开的增值税专用发票。在这一环节中，犯罪分子通常流窜于全国各省市，用贿赂企业工作人员和“优惠”的开票价格(一般按开票金额的比例计算)等手段，取得这些不法企业开出的没有实际商品购销活动的虚假增值税专用发票。开票的货名通常是一些没有外贸出口限制的皮革制品、服装、电器元件以及其他日用小商品等，开票的单价通常远远高于实际商品价格的十几倍甚至几十倍。有的犯罪分子直接或间接地与国内不法生产、销售企业建立联系，从企业获取空白增值税专用发票自行填开、或坐地收购不法企业虚开、代开的增值税专用发票。

(3)串通境内外不法商人与外贸企业非法调汇，从中获取非法利益。由银行出具的出口收汇单，是标志外贸企业完成商品出口的重要凭证，因而是犯罪分子在实施其一系列骗取出口退税犯罪行为中必须完成的一个步骤，也是犯罪分子实际获取非法利益的关键环节。在这一环节中，犯罪分子通常与境内外不法商人相勾结，以向国内投资需要人民币等为由，借用境内外企业的外汇与外贸企业进行非法调汇；有时犯罪分子则通过各种手段，将境内套取的外汇非法汇至境外银行，然后以外商名义与国内外贸企业进行非法调汇交易。这种非法调汇的价格通常比正常调汇价格高出许多，犯罪分子便从这非法调汇的差价中获得了巨额利益。国内外贸企业虽然相应地在非法调汇中造成了损失，但为弥补这一损失并从中获取一定“盈利”, 他们只得冒险地使用犯罪分子提供的虚假退税凭证骗取国家出口退税款。犯罪分子与外贸企业的这种非法交易一且成功，便使双方从中均获得可观利益，最终只有国家的出口退税蒙受巨大损失。

(4)采取行贿或欺骗手段，非法获取盖有海关验讫章的出口货物报关单。在这一环节中，犯罪分子通常采用的手段大体有四种，-是在《出口货物报关单(出口退税联》上加盖私刻伪造的海关验讫章，虚构货物已报关出口的事实。二是贿赂海关工作人员，以少报多、以假充真或在根本没有货物出口的情况下，在《出口货物

报关单（出口退税联》上加盖海关验讫章，虚构货物已报关出口的事实。三是利用海关口岸把关检查不严的漏洞，以假充真或空车过境，骗取海关在《出口货物报关单（出口退税联》上加盖海关验讫章，隐瞒无货出口的事实真相。四是购买少量货物或租用他人货物通关报验，然后以少报多，骗取海关在《出口货物报关单（出口退税联》上加盖海关验讫章。特别是犯罪分子租用他人的货物，出境后通常又以走私手段或以较低价值报关人境，一批货物往复多次使用、搞货物"旅行"。这种虚构货物出口事实的作案手法，具有很强的隐蔽性和欺骗性，是当前诈骗（出口退税）犯罪分子较常用的伎俩。值得一提的是，目前在沿海地区的一些重要口岸，发现有少数海关工作人员和其他不法分子，与骗取出口退税犯罪分子相勾结，专门从事出租货物的犯罪活动，从中谋取非法利益。这种人通常被称为"货主", 对他们的犯罪行为也应当依法予以严厉打击。

2、行为人必须是对其所生产或者经营的商品采取假报出口等欺骗手段。如果不是对其所生产或者经营的商品假报出口，而是通过伪造或者行贿等手段，借出口退税的名义，凭空骗取国家财产的，则不构成本罪，应为诈骗罪。

3、骗税行为必须是在从事出口业务的过程中实施。如果不是从事出口业务的单位和个人，冒充出口企业，假报出口、伪造、变造或者骗取退税凭证，骗取退税款，则不能构成本罪，属于诈骗行为，数额较大的应定诈骗罪。

4、骗取国家出口退税款的数额必须达到一定的标准。根据本条规定，这个标准为一万元以上。

3．认定

（1）骗取出口退税与偷税罪的界限

两罪同属危害税收犯罪，但在犯罪构成诸要件方面有着显著区别：

1、在犯罪客观方面，偷税罪通常是纳税人在商品的国内生产、销售环节，实施伪造、变造、隐匿、擅自销毁帐簿、记帐凭证，在帐簿上多列支出或者不列、少列收入，拒不申报纳税或者进行虚假纳税申报等手段，逃避应缴纳的税款，骗取出口退税则是行为人在商品的出口环节，采取假报出口或者其他欺骗手段，骗取国家的出口退税款。应当注意的是，在商品的出口环节，只有行为人在根本没有出口货物，而采取假报出口或者其他欺骗手段骗取出口退税款的，才能构成骗取出口退税罪。对有些纳税人虽有商品出口，而采取在数量上以少报多，在价格上以低报高等欺骗手段骗取出口退税款的，应当按照本条第 2 款的规定，分别情况进行定罪处罚：（1）对纳税人骗取税款未超过其所缴纳的税款的，应以偷税罪定罪处罚；（2）纳税人骗取税款超过其所缴纳的税款的，对超过的部分，应以骗取出口退税罪定罪处罚：并可适用数罪并罚。

2、在犯罪主体方面，偷税罪是特殊主体，通常只能由纳税人（包括自然人和法人）构成，并且突出表现在该纳税人必须对其所偷税款负有纳税的义务。骗取出口退税罪是一般主体，可由纳税人构成，也可由非纳税人构成，并且突出表现在该行为人通常不是其所骗税收的纳税人。

3、在犯罪的主观方而，骗取出口退税罪与偷税罪同为故意犯罪，但两者的犯罪目的各不相同。偷税罪的目的，是行为人在有纳税义务的情况下，不缴或少缴税款、逃避纳税义务。骗取出口退税的目的，则是行为人在未实际履行纳税义务的情况下，从国家的出口退税款中获取非法利益。

（2）骗取出口退税罪与诈骗罪的界限

诈骗罪是指以非法占有为目的，用虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取数额较大的公私财物的行为，欺骗性是该罪的本质特征。骗取出口退税罪是指单位或个人以骗取国家出口退税款为目的，采用虚开增值税专用发票、搞假货物报关出口骗取货物出口报关单、内外勾结提供出口收汇单证等欺骗手段、非法组织虚假的出口退税凭证，在根本未交纳税款的情况下，从税务机关或出口企业骗取出口退税款的行为。因此、骗取出口退税行为实质上是一种诈骗的行为。近些年来、诈骗犯罪的手段越来越多，诈骗的对象也越来越厂，如信用证诈骗、金融票据诈骗、保险诈骗、合同诈骗、骗取出口退税等，为了有效地惩治这些把罪行为，本法分别单独规定了罪名和法定刑。按照特别规定优于普通规矩的惊则，凡符合骗取出口退税犯罪构成要件的，直接以骗取出口退

税定罪处罚，不再以一般诈骗罪定罪处罚。

（3）骗取出口退税罪与虚开增值税专用发票罪的界限

虚开增值税专用发票罪是指单位和个人违反国家税收征管和发票管理制度，为他人虚开、为自己虚开、让他人为自己虚开、介绍他人勾开增值税专用发票的行为，骗取出口退税罪与虚开增值税专用发票罪同属危害税收征管类犯罪，两罪既有区别、又有联系。首先其区别主要表现在客观方面，即犯罪手段不同。虚开增值税专用发票的客观方面，表现为行为人在商品的国内生产、销售环节实施为他人虚开、为自己虚开、让他人为自己虚开、介绍他人虚开增值税专用发票的行为，骗取出门退税罪的客观方面则表现为行为人在商品的出口环节实施假报出门或者其他骗取出口退税款的行为。其联系主要表现在，虚开增值税专用发票罪本身是行为人实施骗取出口退税罪的重要手段之一，骗取出口退税罪的实施又以行为人实施虚开增值税专用发票罪为必要的环节，可见，骗取出口退税罪与虚开增值税专用发票罪之间存在着密切的牵连关系，当行为人将虚开的增值税专用发票用于向税务机关申请出口退税，数额较大时，该行为人就同时触犯了骗取出口退税和虚开增值税专用发票两个罪名；但在处理时可按其中的一个重罪定罪，从重处罚，不适用数罪并罚。当然、如果行为人未将虚开的增值税专用发票用于申请出口退税，而是用于申请抵扣税款或者非法出售，则不能构成骗取出口退税罪，而应当按照虚开增值税专用发票罪和偷税罪或非法出售增值税专用发票罪之中的一个重罪从重处罚。

4．处罚

第２０４条规定，犯本罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处骗取税款1倍以上5倍以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处5年以上１０年以下有期徒刑，并处骗取税款1倍以上5倍以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处１０年以上有期徒刑，并处骗取税款1倍以上5倍以下罚金或者没收财产。

第２１１条规定，单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

（四）虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪

1．定义

虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票，是指为他人虚开、为自己虚开、让他人为自己虚开、介绍他人虚开增值税专用发票或者用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的行为。

2．特征

本罪的对象是专用发票，即增值税专用发票以及用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票。增值税专用发票，是指国家税务部门根据增值税征收管理需要，兼记货物或劳务所负担的增值税税额而设定的一种专用发票。增值税专用发票以商品或者劳动增值额为征收对象，并具有直接抵扣税款、出口退税的功能。用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票，主要包括农产品收购发票、废旧物资回收发票、运输发票以及课征消费税的产品出口所开具的发票等。

虚开专用发票的行为，具体表现为为他人虚开、为自己虚开、让他人为自己虚开和介绍他人虚开增值税专用发票或者其他专用发票。所谓虚开，是指行为人采取无中生有或者以少开多的手段，开具并无真实交易活动的专用发票。为他人虚开，包括为其他单位，也包括为其他自然人个人虚开。为自己虚开，是指为供自己使用而虚开专用发票。让他人为自己虚开，是指指使、要求或者收买、诱骗他人为自己虚开专用发票。介绍他人虚开，是指在虚开发票的犯罪过程中为他人进行沟通、引见、撮合，使虚开专用发票得以实现的行为。

3．处罚

第２０５条规定，犯本罪，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处2万元以上２０万元以下罚金；虚开的税款数额较大或者有其他严重情节的，处3年以上１０年以下有期徒刑，并处5万元以上５０万元以下罚金；虚开的税款数额巨大或者有其他特别严重情节的，处１０年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处5万元以上５０万

元以下罚金或者没收财产。犯本罪骗取国家税款，数额特别巨大，情节特别严重。给国家利益造成特别重大损失的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。

单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处 3 年以下有期徒刑或者拘役；虚开的税款数额较大或者有其他严重情节的，处 3 年以上 １０年以下有期徒刑，虚开的税款数额巨大或者有其他特别严重情节的，处１０年以上有期徒刑或者无期徒刑。

二、偷税罪与抗税罪的界限

这两种罪的共同本质，都是违反税收征管法律、法规，违背履行纳税义务的行为。其主要区别在于：(１)犯偷税罪的，必须是使用刑法第 201 条所规定的欺骗方式，或者是因偷税而受税务机关给予二次行政处罚又偷税，而抗税罪的构成，不受上述条件限制。如果先实施了偷税行为，在受到税务机关检查时，用暴力、威胁方法拒不缴纳税款，则应以抗税罪论处。(２)偷税罪的构成，已达到法定的数额和比例为标准，而抗税罪的构成，无此限制。(３)偷税罪的主体，可以是单位，而抗税罪的主题，不把包括单位。

第八节　侵犯知识产权罪

一、重点罪(假冒注册商标罪；侵犯著作权罪；侵犯商业秘密罪)

(一)假冒注册商标罪

1．定义

假冒注册商标罪，是指未经注册商标所有人许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标，情节严重的行为。

2．特征

(1)主体是一般主体，包括自然人和单位。

(2)客体是国家的商标管理制度和他人注册商标专用权。□商标是商品生产或者经营者为了使自己销售的商品在市场上同其他商品生产者或经营者的商品相区别而使用的标记。商标属于一种无形的财产，商标专用权属于一种工业产权。商标和商标专用权，对于促进生产者保证商品质量和维护商标信誉，以保护消费者的利益，促进市场经济的发展和繁荣，有着极为重要的意义和作用。因此，国家制定商标法，用以加强商标管理，保护商标专用权。假冒他人注册商标的行为，则侵犯了国家商标管理制度和他人注册商标专用权。

(３)主观方面是故意，过失不构成本罪。

(４)客观方面表现为未经注册商标所有人许可，在同一种商品上使用与他人注册商标相同的商标的行为。注册商标所有人，是指取得商标注册的公司、企业、事业单位、个体工商业者、外国公司、企业及外国人。未经商标所有人许可，是构成假冒商标罪的前提条件，如果行为人已经得到注册商标所有人的许可，即使未按法定程序办理有关手续，也不构成犯罪。在同一种商品上使用与他人注册商标相同的商标的行为，是构成假冒商标罪不可缺少的行为。如果行为人在同一种商品上使用与他人未经注册的商标相同的商标，不构成犯罪，也不构成侵权。如果在同一种商品上使用与他人注册商标相近似的商标，或者在类似商品上使用与他人注册商标相同的商标，或者在类似商品上使用与他人注册商标相同或者近似的商标，均不构成本罪，但构成商标侵权行为。

假冒他人注册商标，情节严重的，才构成犯罪，否则不构成犯罪。情节严重，是指假冒他人注册商标违法所得或者销售金额数额较大；非法经营数额巨大；屡教不改；造成严重后果或者恶劣的社会影响或者国际影响等。情节严重的具体含义有待司法解释进一步明确。

3．认定

在假冒他人注册商标的商品同时又属于伪劣商品的情况下，应注意假冒注册商标罪与生产、销售伪劣商品罪的竞合。未经注册商标所有人许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标，而行为人生产、销售的该种商品又属于伪劣商品的，可能既构成假冒注册商标罪，又构成生产、销售伪劣商品罪的，应从一重罪论处。

4．处罚

第２１３条规定，犯本罪的，处３年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处３年以上７年以下有期徒刑，并处罚金。第２２０条规定，单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

（二）侵犯著作权罪

1．定义

侵犯著作权罪，是指以营利为目的，侵犯他人著作权，违法所得数额较大或者有其他严重情节的行为。

2．特征

(1)主体是一般主体，包括自然人和单位。

(2)客体是著作权和与著作权有关的权益。著作权，是指作者对其创作的文学、艺术和科学作品所享有的占有、使用、收益、处分并排除他人不法干涉的专有权。根据《中华人民共和国著作权法》第１０条的规定，著作权包括下列人身权和财产权：发表权、署名权、修改权、保护作品完整权、使用和获取报酬权。本罪侵犯的客体主要是著作权，但不限于著作权，除著作权外，还包括专有出版权和姓名权等，但这些权利与著作权相关，所以我们将侵犯著作权和与著作权相关的权益的犯罪统称为侵犯著作权的犯罪。保护著作权以及与著作权有关的权益，对鼓励有益益于社会主义精神文明、物质文明建设的作品的创作和传播，促进社会主义文化和科学事业的发展与繁荣有着重要的意义和作用。

(3)主观方面是故意，并以营利为目的。

(4)客观方面表现为侵犯他人著作权的行为。依照第２１７条的规定，侵犯他人著作权的行为具体表现为以下四种形式：

①未经著作权人许可，复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的。根据《中华人民共和国著作权法实施条例》的有关规定，所谓复制，是指以印刷、复印、临摹、拓印、录音、录像、翻录、翻拍等方式将作品制作一份或者多份的行为。所谓发行，指为满足公众的需要，通过出售、出租等方式向公众提供一定数量的作品复制件。第２１７条虽将复制与发行连在一起使用，但并不是要求行为人同时实施这两种行为。我们认为，按照立法本意，只要行为人实施复制、发行行为之一的，即可构成本罪。例如，行为人实施了复制行为，但尚未发行即被查获的；或者行为人未实施复制行为，但单独实施了非法发行行为的，均应以本罪论处。

②出版他人享有专有出版权的图书的。所谓出版，是指将作品编辑加工后，经过复制向公众发行。专有出版权，是指出版者对著作权人交付的作品在合同规定的时间、地区以原版、修订版方式，以图书形式出版的独占权利。专有出版权是出版者经著作权人授权而取得的一种重要的与著作权有关的权益。

③未经录音录像制作者许可，复制发行其制作的录音录像的。录音录像制作者对其录音录像享有专有出版权。未经录音录像制作者许可，复制发行其制作的录音录像的，属于一种侵犯他人著作权的行为。

④制作、出售假冒他人署名的美术作品的。美术作品，是指绘画、书法、雕塑、建筑等以线条、色彩或者以其他方式构成的有审美意义的平面或者立体的造型艺术作品。

侵犯他人著作权的行为，违法所得数额较大或者有其他严重情节的，才构成犯罪，否则不构成犯罪。

3．处罚

第２１７条规定，犯本罪的，处３年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；违法所得数额巨大或者

有其他特别严重情节的，处３年以上７年以下有期徒刑，并处罚金。

第２２０条规定，单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

（三）侵犯商业秘密罪

1．定义

侵犯商业秘密罪,是指以盗窃、利诱、□胁迫或者其他不正当手段侵犯他人商业秘密，给商业秘密的权利人造成重大损失的行为。

2．特征

(1)主体是一般主体，包括自然人和单位。

(2)客体是商业秘密所有者的保密权和相关的经济利益以及市场经济秩序。

(3)主观方面是故意。

(4)客观方面表现为以非法手段侵犯他人商业秘密的行为。所谓“商业秘密”, 是指不为公众所知悉，能为权利人带来经济利益，具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。不为公众所知悉，是指商业秘密仅限于一定范围内的人知道，具有不公开性。已经公开的为公众所知悉的技术信息、经营信息，不属于商业秘密。具有实用性并能为权利人带来经济利益，是商业秘密的另一个不可缺少的特点。不能为权利人带来经济利益，不具有实用性的信息，不属于商业秘密。经权利人采取保密措施，是商业秘密又一个不可缺少的特点。如果权利人没有采取保密措施，一般人可以轻而易举获取的信息，不属于商业秘密。这里的“权利人”, 是指商业秘密的所有人和商业秘密所有人许可的商业秘密使用人。依据第２１９条的规定，侵犯商业秘密的行为可以表现为以下几种形式：

①以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的。这是商业秘密权利人以外的人侵犯商业秘密的一种主要形式。其他不正当手段，是指盗窃、利诱、胁迫以外的、违背商业秘密权利人的意愿获取权利人商业秘密的行为。

②披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密。这是前项侵犯商业秘密行为的继续。披露，是指行为人向他人透露、泄露、公开其以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取的权利人的商业秘密。使用，是指行为人自己将非法获取的商业秘密用于生产或经营。允许他人使用，是指有偿或无偿地让他人将其非法获取的商业秘密用于生产或经营。

③违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密。这类侵犯商业秘密的侵权行为，可以由商业秘密的使用人实施，也可以由商业秘密的所有人实施，实践中主要是商业秘密权利人的雇员，违反保守商业秘密的要求，侵犯商业秘密的行为。

④明知或者应知前述三种行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密的。这种情形是指，明知或者应当知道向其披露或允许其使用商业秘密的人，实施上述三种行为获取了商业秘密，而不向有关机关或权利人举报或者制止，反而获取、使用或者披露他人的商业秘密。

侵犯权利人商业秘密的行为，给权利人造成重大损失的，才构成犯罪，否则不构成犯罪。

3．处罚

第２１９条规定，犯本罪的，处３年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；造成特别严重后果的，处３年以上７年以下有期徒刑，并处罚金。第２２０条规定，单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

二、侵犯商业秘密罪与非罪的界限

首先，对案件涉及的对象，是否属于法律所指的商业秘密，必须根据权利人是否采取保密措施或者有保密

约定灯，审慎加以认定。不属于商业秘密的，不能构成本罪。其次，要查明行为是否明知是他人的商业秘密，而故意对其实施侵犯行为。过失泄露或者使用他人的商业秘密，不构成本罪。最后，要看行为人的侵犯行为是否给权利人造成了重大损失。对于这类案件的损失如何计算，情况比较复杂，具体数额标准目前亦无规定。

第九节　扰乱市场秩序罪

一、重点罪（合同诈骗罪；非法经营罪；非法转让、倒卖土地使用权罪）

（一）合同诈骗罪

1．定义

合同诈骗罪，是指以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，虚构事实或者隐瞒真相，骗取对方当事人财物，数额较大的行为。

2．特征

（1）主体是一般主体，凡达到刑事责任年龄且具有刑事责任能力的自然人均能构成本罪，依本节第 23l 条之规定，单位亦能成为本罪主体。本罪是在合同的签订和履行过程中发生的，主体是合同的当事人一方。

（2）客体为复杂客体，即既侵犯了合同他方当事人的财产所有权，又侵犯了市场秩序。合同亦称契约，是指当事人之间为实现一定目的，明确相互权利义务的协议。合同是商品交换关系化法律上的表现形式，合同法律制度则集中体现和反映了商品经济关系发展的内在要求和一般规则，为商品交换提供了基本的行为模式。因此，在实行社会主义市场经济的条件下，合同法律制度是维护社会经济秩序的基本保证。但近年来，一些不法之徒无视国家的法律，利用各种经济合同进行诈骗，表现出极大的欺骗性、贪婪性和危害性，国家工商局披露的最新资料表明，我国合同签汀的规范程度和履约率不容乐观，工商行政管理机关将采取有效措施，加强合同的鉴证工作，严厉打击合同诈骗。据介绍，去年各级工商行政机关对 499657 个企业的 85973l2 份合同的签订履行情况进行了检查，发现不合格的合同有 429024 份；到期未履行的合同有 285690 份；违约合同 10804 份；解除合同 9l944 份。据了解，目前利用合同进行诈骗的情况仍较突出，工商行政管理机关去年共查处 1.4 万起，涉及金额 70 多亿元。利用经济合同欺诈的行为主要有以下几种表现形式：无合法经营资格的一方当事人与另一方当事人签订买卖或承揽合同，骗取定金、预付款或材料费；利用中介机构签订转包合同骗取定金或预付款；虚构建筑工程或转包建筑工程合同，骗取工程预付款；双方当事人串通利用合同将国有或集体财产转移或据为己有；本无履约能力，弄虚作假，蒙骗他人签订合同，或是约定难以完成的条款，当对方违约后向其追偿违约金。

合同诈骗，直接使他方当事人的财产减少，侵害了他方当事人的所有权，同时，合同诈骗对于社会主义市场交易秩序和竞争秩序造成了极大的妨害，本条从诈骗罪中分离出来，明定合同诈骗罪，对打击合同诈骗活动，意义深远。

（3）主观方面只能是故意的，并且具有非法占有公私财物的目的。行为人主观上没有上述诈骗故意，只是由于种种客观原因，导致合同不能履行或所欠债务无法偿还的，不能以本罪论处。行为人主观上的非法占有目的，既包括行为人意图本人对非法所得的占有，也包括意图为单位或第三人对非法所得的占有。

诈骗故意产生的时间既可能是行为人实施行为的最初，也可能产生在其他合法行为进行的过程中。例如，利用合同进行诈骗的犯罪，行为人诈骗的故意既可以是在签订合同之前，即行为人在签订虚假合同之前就已经具有非法占有对方钱财的故意，其签订合同的目的不是为了骗取对方钱财的手段，诈骗故意也可以产生在签订合同之后，即行为人在签订合同的最初，并无骗取对方钱财的故意，但是，合同签订之后，由于种种原因，如

货源、销路、市场行情变化等，致使合同无法履行，从而产生诈骗的故意，行为人有归还能力而不愿归还已经到手的对方的钱财，并进而采取虚构事实或隐瞒真相等手段，欺骗对方，以达到侵吞对方钱财的目的。

（4）客观方面表现为在签订、履行合同过程中，虚构事实、隐瞒真相，骗取对方当事人财物，且数额较大的行为。对于以签订合同的方法骗取财物的行为，认定行为人是否虚构事实或隐瞒真相，关键在于查清行为人在无履行合同的实际能力。也就是说，行为人明知自己没有履行合同的实际能力或者担保，故意制造假象使与之签订合同的人产生错觉，“自愿”地与行骗人签订合同，从而达到骗取财物的目的，这是利用合同进行诈骗犯罪在客观方面的主要特征。具体包括以下几项内容：

1.行为人根本不具备履行合同的实际能力。认定行为人是否具有履行合同的实际能力，应当以签订合同时行为人的资信或货源清况作依据。比如签订购销合同时，供货方既没有实物储备，也没有货物来源，利用一些单位急于购买紧俏或便宜物资的心理，虚构货源，骗取信任，接受合同预付款或定金后，逾期又不履行合同，就可以认定为没有实际履约能力。要区别两种情况：一种是行为人签约时虽无实际履约能力，但签约之前与他人有购买同一标的物的要约或合同，签约后因原订合同的一方毁约，致使后一个合同不能履行的，可视为有一定的合同履行能力；另一种是行为人签约时根本没有履约能力，仅仅是在签约后才去与第三方签订相同内容的购销合同，事实上又未兑现，这种情况就不能认定行为人具备履约能力。如果不看签约时的实际履约能力，仅仅根据签约后的履行表现来作判断，很容易使犯罪分子蒙混过关。当然，还要注意区别根本无履行合同能力与有部分履行合同能力的界限，只有完全没有履行合同能力的才能以诈骗罪论处。

2.采取欺骗手段。欺骗手段绝大多数是作为，而不可能是单纯的不作为。欺骗手段表现为行为人虚构事实或隐瞒真相。虚构事实，是指行为人捏造不存在的事实，骗取被害人的信任。其表现形式主要是：假冒订立合同必需的身份；盗窃、骗取、伪造、变造签订合同所必需的法律文件、文书、制造合法身份、履约能力的假象；虚构不存在的基本事实；虚构不存在的合同标的；等等。隐瞒事实真相是指行为人对被害人掩盖客观存在的基本事实，其表现形式主要是：隐瞒自己实际上不可能履行合同的事实，隐瞒自己不履行合同的犯罪意图；隐瞒合同中自己有义务告知对方的其他事实。

3.使与之签订合同的人产生错误认识。这种错误认识是指对能够引起处分财产的事实情况的错误认识，而不是泛指受骗者对案件的一切事实情况的错误认识，在合同诈骗犯罪中，受骗者的错误认识是由于行骗者的行骗行为所引起的，在时间顺序上，欺骗在先，是受骗者产生错误认识的原因。受骗人产生错误认识在后，是欺骗的结果。如果他人错误认识在先，行为人利用他人的错误认识取得财物，只能作为民事纠纷而不能作为诈骗犯罪处理。如果行为人虽然采取了欺骗手段，他人认识上也存在错误，并基于这种错误认识错误地处分了财产，但欺骗手段与错误认识之间缺乏因果联系，也不能以合同诈骗罪论处。

4.被骗人自愿地与行为人签订合同并履行合同义务，交付财物或者行为人（或第三人）直接非法占有他人因履约而交付的财物。

作为行骗者诈骗手段的经济合同，就其种类讲，通常有三种：(1)签订买卖合同，骗取现金或实物。有五种情况：一是利用盗窃、伪造或骗取的空白合同和介绍信与他人签订合同；二是用已作废、失效的合同书、介绍信，冒充有效的合同书、介绍信与他人签订合同；三是利用已撤销单位的名义及其印章、介绍信、合同书与他人签订合同；四是在条款上做手脚，使合同无法按期履行；五是在标的物上设陷井，使对方违约而不履行合同。(2)利用承包合同进行诈骗。行为人无承包能力，以骗取钱财为目的，承包工厂或某项工程，骗取大量钱财供自己挥霍或一溜了之。(3)利用联营合同骗取钱财。行为人根本无生产经营能力，利用与他人签订联营合同，骗取联营单位的钱财。

就合同诈欺犯罪中合同的形式和内容看，有两种情形：(1)以假面目签订的合同。假面目是指行为人的姓名和身份、签订的合同、使用的公章和介绍信等是假的。假的面目必然导致合同内容的虚假性，即客观上无法履行合同的内容。行为人向他人签订这种合同，欺诈故意明显，只要所骗人财物到手，即可认定合同诈骗既遂。

（2）以真面目签订的合同。真面目是指行为人的姓名和身份、签订的合同、使用的公章和介绍信都是真的，即实际上存在这一单位或个人。以真面目签订的合同的内容有真有假，其间还存在三种情况：一是内容真实的合同，即行为人是在有实际履行能力的前提下签订的合同。这种合同的签订，至少表明了行为人在签订时有通过合同进行经济往来的真实意思，而非诈骗钱财，根据有关司法解释的精神，即使合同签订后没有得到完全的履行，也不属于诈骗犯罪。但是，应当注意，有的行为人以有限的履约能力与他人签订大大超过此履约能力的合同，如仅有供应一百吨煤的合同，却相继与多家客户签订各供应一百吨煤的合同，如果签订后，行为人积极落实货源，设法履行合同，虽然最终没有完全履约，也不认定为诈骗罪。但若行为人在多个合同签订后，并没有设法履行合同，其诈骗犯意明显，自应以合同诈骗罪论赴。二是内容半真半假的合同。也就是那种行为人已初步联系过货源，但其货源并未完全确定或并未完全到手。在这种情况下签订的合同，其内容带有半真半假的性质。这类合同客观上已经具备部分履约的可能性，行为人主观上以及实际行为中是否为履行合同作努力成为确定其行为性质的关键。如果行为人有履约意图，客观上也为履行合同作积极努力，最后因种种客观原因未能履行合同，不能认定为诈骗犯罪。相反，如果客观上尽管有履约的可能，但行为人收取他人的预付款或定金以后，主观上无履行合间的意图，这实际上借有部分履约能力之名行诈骗之实，当然应以合同诈骗罪论处。三是内容假的合同，即行为人是在完全没有履约能力情况下签订的合同。行为人主观上意图无偿占有他人钱财，且无归还的意思表示，客观方面表现为将所骗之钱财用于挥霍或作其他用途，这种作为应以合同诈骗罪论处。如果行为人虽然客观上非法占有他人的钱财，但主观上并不想长期占有，而是想临时取得该财物的占有权、使用权，甚至收益权，待生意成功之后再作归还。这实际上是一种套用他人资金的行为，一般不宜以诈骗罪论处。

利用经济合同进行诈骗的犯罪对象主要有：（1）签订虚假购销合同，骗取货物。有的伪造证件、合同书与对方签订合同；有的伪造银行或其他部门的担保书，以合法身份与对方签订合同；有的伪造银行汇票，盗窃单位空白支票，利用失效的支票或空头支票诱惑对方订合同；有的以洽谈业务、订货、帮助他人推销产品为由，与对方签订合同，等等。行为人行骗时大都隐瞒真实身份，以先提货、后付款为由，利用对方急于推销自已产品的心理，骗取货物。然后将货物低价销售，私吞货款，或者将货物用于还债、作抵押等。（2）虚构货源，签订空头合同，诈骗货款。有的伪造上级主管部门的假批文作货源；有的以伪造的提货单作货源；有的抓住对方急需某种紧俏物资和商品的心理，口头虚构货源；有的故意让对方看不属于自己却谎称是自已的货，或根本无货可看，蒙骗对方；有的则以伪造的买卖合同作货源；等等。（3）伪造身份签订虚假合同，骗取他人预付款或定金。利用这种方式进行诈骗的行为人有两种心理：一是只要将预付款或定金骗到手，就算大功告成：另一是先骗得预付款或定金，然后如有可能骗到货款就继续骗取货款，没有可能就一走了之。（4）以诱饵开路骗取他人钱物。有的犯罪分子为了达到骗取对方巨额财物的目的，以给付部分预付款为诱饵，一旦把对方的钱物置于白己的控制之下后，就溜之大吉，还有的以部分履行合同的手段骗取对方信任，诱使对方进一步按合同交付财物，采取放长线、钓大鱼的欺诈手段骗钱骗物。（5）签汀假合同，骗取他人的活动费、好处费或提成费等，这些人同对方签订合同的真正目的不是为了骗取货物、货款，也不是为了骗取定金或预付款，而是为了一次性地骗取各种名义的费用，只要将这笔财物骗到手就远走高飞。这些人一般都伪造身份、证件，自称能买到急需紧俏物资或以帮助对方推销产品为诱饵，写对方签订虚假买卖合同。（6）以联合经商、投资、协作等名义，与他人签订合同，进行诈骗。运用这种方式进行诈骗的，行为人往往是在合法的身份掩盖下，以某公司、简场等的名义，伪造营业执照和注册资金等，欺骗他人与之签订联合经营协议，骗取他人的钱财。

骗取财物无论出现在签订阶段，还是出现在履行过程中均属合同诈骗行为。根据本法第 224 条的规定，这类行为通常包括以下几种情形：（1）以虚构的单位或者冒用他人名义签订合同。（2）以伪造、变造、作废的票据或者其他虚假的产权证明作担保，即以这些票据或证明作为自己能够履行合同的证据，以骗得对方当事人签订合同。（3）没有实际履行能力，以先履行小额合同或者部分履行合同的方法，诱骗对方当事人继续签订和履行合同。（4）收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿。（5）以其他方法骗取对方当事

人财物，主要包括：收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后，无正当理由拒不履行合同又不退还，或者没有用作履行合同而无法返还；利用合同骗取财物用于抵偿债务，而没有实际履约；用于进行违法活动；用于挥霍，致使无法返还；等等。

3．认定

（1）本罪与一般合同纠纷的界限

合同纠纷与合同诈骗罪有许多相似之处：第一，两者都产生于民事交往过程中，并且都以合同形式出现；第二，在履行合同的过程中，对合同所规定的义务都不履行或不完全履行；第三，合同诈骗在客观上表现为虚构事实或者隐瞒事实真相，合同纠纷中的当事人有时也伴有欺骗行为；第四，两者都是非法占有特定物。尽管合同诈骗与合同纠纷有许多相似之处，但两者也有本质的区别。行为人主观上有无非法占有他人财物的目的，是区别两者的关键。

行为人的主观目的可以从以下几个方面考察：

1.考察行为人在签订合同时有无履行合同的能力。不能只根据签订合同时有无履行合同的能力作为区分诈骗与合同纠纷的标准。但是，也不能否认行为人在签订合同时有无履行合同的能力，在某种情况下对于是否具有骗取财物的目的，又有着重要意义。例如，某人在没有落实货源的情况下，为了营利即与人订立了供货合同。在收到预付款之后，多方查找货源，仍未落实，但表示愿意偿还货款，并承担违约责任。此案中，行为人作不具备履行合同的条件下与他人签订了供货合同，但从他的整个活动看，主观上并没有诈骗的目的，因此，不能认定为诈骗，而应当按合同纠纷处理。相反地，有些人明知自已没有能力履行合同，而且也根本不打算履行合同，但仍与他人签订合同，一旦货款到手，便大事告成，或大肆挥霍，或逃之夭夭，如此等等，不言而明，这些人签订合同是假，骗取财物是真，当然应以诈骗论处。

2.看行为人在签订和履行合同过程中有无欺骗行为。从司法实践看，行为人在签订和履行合同过程中没有欺骗行为，即使合同未能全面履行，也只能作合同纠纷处理，不能定诈骗罪。没有欺骗，不能定诈骗罪。但是，有欺骗也不一定构成诈骗罪。为了分清合同诈骗罪与合同纠纷的界限，需要对欺骗作具体分析。一般来说，在签订和履行合同过程中，行为人在事实上虚构了某些虚假成分，但是并非掩盖其根本无法履行合同的事实，而且实际上也并未影响对合同的履行，或者虽然合同未能完全履行，但是本人愿意承担违约责任，说明行为人并无非法占有他人财物的目的，故不能以诈骗罪处理。然而，对于那些伪造证件，使用假证件，编造谎言，骗取信任，掩盖其根本无力履行合同的真相，给对方造成重大损失的，应当以诈骗罪论处。

3.看行为人在签订合同后有无履行合同的实际行动。司法实践表明，行为人有履行合同的诚意，在签订合同后，必然设法创造条件使合同得以履行，如果不能履行或不能完全履行，也会愿意承担违约责任，赔偿对方损失。无疑，这属合同纠纷。但是，有些人在合同签订后，根本不去履行合同，往往是货款一到手，便大肆挥霍，造成无力偿还。这种行动足以证明他根本无意履行合同，完全是出于骗取财物的目的。因此，应当以合同诈骗罪论处。

4.看行为人在违约以后是否愿意承担违约责任。司法实践告诉我们，在一般情况下，行为人若有履行合同的诚意，发现自己违约或者对方提出违约时，尽管从自身利益出发可能提出种种辩解，以减轻责任。但是，一般会采用事在事有的态度，当无可辩驳自已违约时，会承担违约责任。然而有些人在明知自已违约，不可能履行合同时，往往采取潜逃等方式进行逃避，使对方无法追回自己的经济损失，说明其主观上具有骗取财物的故意。对于这种人，一般就以合同诈骗罪论处。但是，应当指出，对于那些不得已外出躲债，或者在双方谈判中百般辩解，否认自己违约的，一般不能认定为合同诈骗罪，而应当按合同纠纷处理。

5.考察行为人本履行合同的原因。影响合同未履行的原因不外乎主客观两种情况。查明合同未履行的原因，对于认定行为人主观上是否具有骗取财物的目的有很大作用。根据我国民法通则之规定，合同当事人均享有合同的权利和承担相应的义务。一旦取得权利，就必须相对地承担相应的义务，享受权利和承担义务是对等的，

如果合同当事人一方面享受了权利，而不愿意、不主动去承担义务，那么合同未履行是由于行为人主观上造成的，从而说明行为人具有非法占有他人财物的目的，应当以合同诈骗罪论处。但是，如果合同当事人享受了权利后，自己尽了最大努力去承担义务，然而，由于发生了使行为人无法预料的事实，致使合同无法履行。对此，应当以合同纠纷处理，不能定合同诈骗罪，因为这种情况行为人不具有骗取财物的目的。

（2）合同诈骗罪与民事欺诈的界限。二者的根本区别是：（1）主观目的不同。合同诈骗罪的行为人的主观目的是利用合同，非法占有对方当事人的财物，行为人没有履约的能力或者诚意；民事欺诈的行为人主观上不具有非法占有他人财物的目的，其目的是为了进行经营，行为人有履约的诚意和一定的履约能力。（2）客观行为不同。合同诈骗罪与民事欺诈在客观上都有欺骗性行为，但欺骗性行为的内容与程度有着本质的差别。合同诈骗罪的行为人虚构的事实或隐瞒的事实的基本内容或者主要内容是虚假的，行为人以此欺骗性行为骗取对方当事人的款物；民事欺诈的行为人也有虚构事实或者隐瞒事实的行为，但行为人只是对其履约能力或者服务的质量、性质等有所夸大或虚构、隐瞒，但其中仍有真实的民事内容，行为人通过民事活动取得经济利益，而不是依靠欺骗行为骗取对方当事人款物。

（3）合同诈骗罪与金融诈骗罪的竞合问题。行为人以伪造、变造、作废的票据进行合同诈骗活动的，可能既构成合同诈骗罪又构成金融票据诈骗罪、信用证诈骗罪等金融诈骗罪，这便构成合同诈骗罪与金融诈骗罪的竞合。在这种情况下，应从一重罪论处。

4．处罚

第224条规定，犯本罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。第231条规定，单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

（二）非法经营罪

1．定义

非法经营罪，是指违反国家规定，进行非法经营，扰乱市场秩序，情节严重的行为。

2．特征

（1）主体是一般主体，即一切达到刑事责任年龄，具有刑事责任能力的自然人。依法成立、具有责任能力的单位也可以成为本罪的主体。本罪的主体，依本条愿意是指经营者，但在市场经济条件下，“无人不商”，如果将本罪的主体限定为特殊主体，将会使许多没有任何经营许可证（非经营者）的买卖物品和进出口许可证和进出口原产地证的行为得不到惩处，因之，本罪的主体为一般主体。

（2）客体是国家限制买卖物品和经营许可证的市场管理制度。为了保证限制买卖物品和进出口物品市场，国家实行上述物品的经营许可制度。其中进出口许可制度是经营许可制度的重要内容，买卖进出口许可证和进出口原产地证明的行为除侵犯市场秩序外，还侵犯了对外贸易管理制度。根据《对外贸易法》的埃塞俄比亚，国家实行统一的对外贸易制度，根据平等互利的原则，促进和发展同其他国家和地区的贸易关系。中华人民共和国在对外贸易方面根据所缔结或者参加的国际条约、协定，给予其他缔约方、参加方或者根据互惠、对等原则给予对方最惠国待遇、国民待遇。任何国家或者地区在贸易方面对中华人民共和国采取歧视性的禁止、限制或者其他类似措施的，中华人民共和国可以根据实际情况对该国家或者该地区采取相应的措施，为了保证按照上述规定发展对外贸易，国家要求进出口货物必须提供原产地证明，对除法律规定的特殊情况可以免领许可证的以外还须申请进出口许可证。因此，进出口原产地证明、进出门许可证必须是真实有效的，不允许进行伪造、变造。同时，进出口原产地证明、进出口许可证是针对特定进出口人的特定进出口贸易而使用的，不允许进行买卖。买卖进出口原产地证明、进出口许可证，扰乱国家的对外贸易秩序，因此必须予以惩治。

（3）主观方面由故意构成，并且具有谋取非法利润的目的，这是本罪在主观方面应具有的两个主要内容。

如果行为人没有以谋取非法利润为目的，而是由于不懂法律、法规，买卖经营许可证的，不应当以本罪论处，应当由主管部门对其追究行政责任。

（4）客观方面表现为未经许可经营专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品、买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件，以及从事其他非法经营活动，扰乱市场秩序，情节严重的行为。主要有以下几种行为方式：

1、未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品。为了保证市场正常秩序，在我国对一些有关国计民生、人们生命健康安全以及公共利益的物资实行限制经营买卖。只有经过批准，获取经营许可证后才能对之从事诸如收购、储存、运输、加工、批发、销售等经营活动。没有经过批准而擅自予以经营的，就属非法经营。所谓限制买卖物品，是指依规定不允许在市场上自由买卖的物品，如国家不允许自由买卖的重要生产资料和紧俏消费品、国家指定专门单位经营的物品，如烟草专卖品（卷烟、雪茄烟、烟丝、复烤烟卷烟纸、滤嘴棒、烟用丝束、烟草专用机械）、外汇、金银及其制品、金银工艺品、珠宝及贵重药材，等等。哪些物品限制买卖，由国家法律、行政法规规定。所有这些都是国家为调控特定物品的经营市场而作的特殊规定，非经许可即经营限制买卖的物品，给国家限制买卖物品市场造成了很大的混乱。

应当指出，限制经营物品虽然多种多样，但其必须为国家有关法律、法规所规定，只有有关法律、法规规定限制经营的，才属限制经营物品，否则，就不能对之加以认定。此外，是否为限制物品，并非一成不变，国家根据实际需要，可以加以变化调整。

2、买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、法规规定的经营许可证或者批准证件。经营许可证或者有关批准文件，是持有人进行该项经济活动合法性的有效凭证。无之则就属于非法经营。一些不法分子、本来没有经营国家限制买卖物品的资格，无法获取有关经营许可证件或者批准文件，便从他人处购买甚或伪造经营许可证或批准文件，企图逃避检查、制裁。由此，买卖许可经营证件及批准文件的不法行为也应运而生。此种行为，直接促使了情节严重的非法经营国家限制买卖物品的活动泛滥，具有相当大的危害性，因此，亦应以刑罚予以惩治。进出口许可证，由国务院对外经济贸易管理部门及其授权机构签发，不仅是对外贸易经营着合法进行对外贸易活动的合法证明，也是国家对进出口货物、技术进行管理的一种重要凭证，如海关对进出口货物、技术查验放行时必须以此为依据。进出口原产地证明，是指用来证明进出口货物、技术原产地属于某国或某地区的有效凭证。其为进口国和地区视原产地不同征收差别关税和实施其他进口区别待遇的一种证明。所谓其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件，一般是指对限制买卖物品的经营许可证件或批准文件。如烟草专卖许可证就是烟草专卖局颁发给企业单位和个人准许其经营烟草专卖品的证书，它包括烟草专卖生产许可证、烟草专卖经营许可证。所谓准运证，是由省级烟草公司根据烟草总公司的调拨计划、文件或合同而签发的办理烟草托运手续的证书。前者是领证单位或个人从事烟草专卖业务的资料证明文件，是区分烟草行业合法经营和非法经营的重要凭证。后者是领取单位或个人从事烟草运输合法与否的重要凭证，国家主管部门经审查批准后将上述证件发给单位和个人，以加强对烟草专卖品的生产、经营和运输的监督和统一管理。

3、未经国家有关主管部门批准，非法经营证券、期货或者保险业务。

4、其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为，如非法从事传销活动、彩票交易；倒卖国家禁止或限制进口的废弃物；垄断货源、哄抬物价、囤积居奇；倒卖外汇、执照以及有伤风化的物品；等等。

本罪属情节犯，非法经营行为必须“情节严重”才能构成犯罪，如果只有非法经营行为，情节并不严重则不构成犯罪。“情节特别严重”是加重情节。一般来说，应当以违法所得数额较大或者巨大，作为“情节严重”的基本情节：以违法所得数额特别巨大作为“情节特别严重”的基本情节，同时还要结合其他情节来考虑。所谓其他情节，主要是指：多次实施非法经营行为、经行政处罚仍不悔改的；利用职权从事非法经营活动，影响很坏的；垄断货源、哄抬物价，严重扰乱市场，对国民经济和社会安定造成严重影响的；进行非法经营活动造成严重后果的等。

3．认定

（l）本罪的刑事违法性与其行政违法性是一致的、也就是说，非法经营者必然违反有关的工商法规、没有行政违法性就不存在刑事违法性，在我国目前行政经济法规不很健全的情况下，考察某一经膏行为是否违反国家规定，一定要把国家政策的精神吃透，对既不宜提倡、也不宜急于取缔的，要因势利导，使其向有利于社会的方向发展，不要轻易作犯罪处理。

（2）本罪在主观上要求行为人必须是出于故意，对于因不知其为非法而进行非法经营的，不认为构成本罪，而只能给予行为人以行政处罚。

（3）本罪在犯罪情节上要求情节严重的才构成犯罪，而认定情节是否严重，应以非法经营额和所得额为起点，并且要结合行为人是否实施了非法经营行为，是否给国家造成重大损失或者引起其他严重后果，是否经行政处罚后仍不悔改等来判断。

4．处罚

第225条规定，犯本罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得1倍以上5倍以下罚金；情节特别严重的，处5年以上有期徒刑，并处违法所得的1倍以上5倍以下罚金或者没收财产。第231条规定，单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

（一）非法转让、倒卖土地使用权罪

1．定义

非法转让、倒卖土地使用权罪，是指以牟利为目的，违反土地管理法规，非法转让、倒卖土地使用权，情节严重的行为。

2．特征

（1）主体为一般主体。凡达到刑事责任年龄，具备刑事责任能力的自然人均可成为本罪主体。依本节第231 条规定，单位亦能构成本罪。单位犯本罪的、对单位判处罚金，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员依本条追究刑事责任。

（2）客体是国家的土地管理制度。1988 年 4 月 12 日七届全国人大一次会议通过了宪法修正案，其中规定：“任何组织或者个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地。土地的使用权可以依照法律的规定转让。”土地属于国家或集体所有，国家严禁以任何形式转让土地，但土地的使用权可以依法转让。对于非法转让、倒卖土地使用权的，显然是对国家土地管理制度的严重侵犯。

（3）主观方面表现为故意，并且以牟利为目的，不以牟利为目的，不构成本罪。牟利不仅是行为人谋取金钱上的利益，而且也指行为人谋取其他不正当的利益，例如为了出国办理护照，为了升官等等。

（4）客观方面表现为违反土地管理法规，非法转让、倒卖土地使用权，情节严重的行为，l、必须是违反土地管理法规的行为。土地管理法规，是指以《土地管理法》为代表的一系列土地管理法规。如《土地管理法》（1988 年 12 月 29 日通过）、《国务院关于出让国家土地使用权批准权限的通知》、《城镇国家土地使用权出让和转让暂行条例》、《土地管理法实施条例》等。

2、必须是非法转让、倒卖土地使用权的行为。土地管理法规定，中华人民共和国实行土地的社会主义公有制，即全民所有制和劳动群众集体所有制。任何单位和个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地，国有土地和集体所有的土地的使用权可以依法转让。土地使用权转让应当严格依法进行。土地使用权转让是指土地使用者将土地使用权再转移的行为，包括出售、交换和赠送。未按土地使用权出让合同规定的期限和条件投资开发，利用土地的，土地使用权不得转让。土地使用权转让应当签订转让合同。土地使用权转认时、土地使用权出让合同和登记文件中所载明的权利、义务随之转移，土地使用权转让时，其地上建筑物、其他附着物的所有权转让，应当依照规定办埋过户登记。上地使用权和地上建筑物、其他附着物所有权分割转让的，应当经

市、县人民政府土地管埋部门和房产管理部门批准，并依法办理过户登记。土地使用权转让须符合上述规定，否则即为非法转让。

所谓倒卖土地使用权，是指将土地使用权非法出卖给他人，或者为了出卖而向他人收买、租借土地使用权等，有的是明码标价予以出卖；有的则是以某种形式掩盖其土地的买卖，如明里购买他人的厂房，暗里则是购买厂房所占地的土地使用权；借买他人住宅之名行占他人住宅基地使用权之实等。

本罪属情节犯，非法转让、倒卖土地使用权的行为必须达到情节严重，才能构成本罪，所谓情节严重，主要是指多次实施本罪行为的；非法转让、倒卖土地使用权数量较大的；牟取非法利益较大的；造成土地严重破坏或荒芜的；等等。

3．处罚

第２２８条规定，犯本罪的，处３年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处非法转让、倒卖土地使用权价额５％以上２０％以下罚金；情节特别严重的，处３年以上７年以下有期徒刑，并处非法转让、倒卖土地使用权价额５％以上２０％以下罚金。第２３１条规定，单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

二、合同诈骗罪与诈骗罪的界限

主要掌握它们使用的手段的区别。合同诈骗罪是在签订、履行合同过程中，骗取对方当事人的财物，数额较大的行为。这是它区别于诈骗罪的特点。

思考题：

1.生产、销售伪劣产品罪的概念和构成特征是什么？如何处罚？
2.走私普通货物、物品罪的概念和构成特征是什么？武装掩护走私的如何处罚？
3.内幕交易、泄漏内幕信息罪的概念和构成特征是什么？
4.洗钱罪的概念和构成特征是什么？
5.合同诈骗罪的概念和构成特征是什么？它与诈骗罪之间有什么区别？

参考书目：

1、王作富主编：《刑法》，中国人民大学出版社，1999 年 12 月第 1 版。
2、何秉松主编：《刑法教科书》，中国法制出版社，1997 年 12 月第 1 版。
3、杨春洗、杨敦先主编：《中国刑法论》，北京大学出版社，1998 年月第 2 版。
4、郭立新、杨迎泽主编：《刑法分则适用疑难问题解》，中国检察出版社，2000 年 1 月第 1 版。
5、刘亚平编著：《刑法分则案例教程》，中国政法大学出版社，1999 年 8 月第 1 版。
6、陈兴良、曲新久著：《案例刑法教程》，中国政法大学出版社，1994 年 5 月第 1 版。
7、黄京平主编：《以案说法》(刑法篇)，中国人民大学出版社，1998 年 5 月第 1 版。

第十五章　侵犯公民人身权利、民主权利罪

教学目的与要求：让学生全面掌握本章重点罪的概念、构成特征和相近罪的区别。让学生一般了解本章其它罪。

教学重点：故意杀人罪；故意伤害罪；强奸罪；奸淫幼女罪；绑架罪；拐卖妇女、儿童罪；侮辱罪、诽谤罪；重婚罪；虐待罪；非法拘禁罪。绑架罪与抢劫罪的界限；侮辱罪与诽谤罪的界限；故意杀人罪与故意伤害罪的界限。

教学难点：故意杀人罪；故意伤害罪；强奸罪；绑架罪；奸淫幼女罪；侮辱罪；诽谤罪绑架罪与抢劫罪的界限；故意杀人罪与故意伤害罪的界限；侮辱罪与诽谤罪的界限。

教学方法：讲授

学　时：6 学时（第 11、12 周）

第一节　侵犯公民人身权利、民主权利罪概述

一、侵犯公民人身权利、民主权利罪的概念

侵犯公民人身权利、民主权利罪，是指侵犯公民人身和与人身直接有关的权利，非法剥夺或者妨害公民自由行使依法享有的管理国家事务和参加社会政治活动权利以及妨害婚姻家庭的行为。

二、侵犯公民人身权利、民主权利罪的特征

（一）主体多数为自然人一般主体，少数犯罪的主体为特殊主体。

（二）客体是公民的生命、自由、健康等人身权利和与人身权利密切相关的其他权利、公民的民主权利，以及公民的婚姻家庭方面的权利。

(三)主观方面多数为故意，少数犯罪为过失。

（四）客观方面表现为刑法分则第四章所规定的各种各样的侵犯公民人身权利、民主权利的行为。

我国所规定的侵犯公民人身权利、民主权利罪，共３１个条文，３７种罪名。

第二节　侵犯公民人身权利、民主权利罪分述

一、重点罪（故意杀人罪；故意伤害罪；强奸罪；奸淫幼女罪；绑架罪；拐卖妇女、儿童罪；诬告陷害罪；刑讯逼供罪；破坏选举罪；侮辱罪、诽谤罪；重婚罪；虐待罪；非法拘禁罪）

（一）故意杀人罪

1．定义

故意杀人罪，是指故意非法剥夺他人生命的行为。

2．特征

（１）主体是一般主体，仅限于自然人。

（２）客体是他人的生命。杀人是从根本上消灭了人的存在，从而消灭了人的一切属性和社会价值。因此，刑法规定任何非法剥夺他人生命的行为都是犯罪。

人的生命的起止时间是确定故意杀人罪的客体的前提条件。生命的起始时间刑法学界有以下几种观点是：阵痛说、一部露出说、全部露出说、断带说、发声说、独立呼吸说等。独立呼吸说是指胎儿脱离母体能够独立呼吸作为生命起始的标志。这是现行的通说。生命结束的标志，传统观点认为是心脏停止跳动或呼吸停止；新的观点认为以脑死亡为死亡的标准。当前，以脑死亡作为死亡标准的国家很少，大多数国家，包括我国在内，都仍以心脏是否停止跳动，呼吸是否停止，作为生命结束的标志。在生命脱离母体独立呼吸至心脏停止跳动、呼吸停止之前的生命权不被剥夺的合法权利，是故意杀人罪确立的前提。

（３）主观方面具有杀人的故意。其中包括直接故意和间接故意两种形式。没有故意的心理态度，也就不能构成故意杀人罪。

（４）客观方面表现为非法剥夺他人生命的行为。故意杀人罪，在现实生活中，多表现为作为的方式，但也有不作为的方式，如医生为致病人于死地而故意不给病人吃药。

故意杀人罪的对象是他人，“他人”的性别、年龄以及地位、经历等，不影响故意杀人罪的成立。

溺婴行为是我国未成年人保护法所规定的一种具体杀人行为。溺婴在汉语的词意是把刚生下来的婴儿淹死。但是在刑法上不能作如此狭窄的理解，应当认为，凡是非法故意剥夺婴儿生命的行为，不论采用什么方式，也不论采用什么工具，都属于溺婴行为，都应当依照故意杀人罪追究行为人的刑事责任。

3．认定

（１）故意杀人罪与产生被害人死亡结果的危害公共安全罪的界限。故意杀人罪是非法剥夺他人生命的行为，而各种危害公共安全的犯罪，如放火罪、决水罪、投毒罪、爆炸罪等，也会产生被害人死亡的结果。但是两者的犯罪构成的要件、结构和整体性能不同。例如，前者的行为不具有危害公共安全的性质，其侵犯的客体是某个或某几个人的生命；而危害公共安全罪一章所列各罪，都是用危害公共安全的方法实施，其客体是多数人的生命财产的安全，即公共安全。

（２）故意杀人罪与逼人自杀和诱骗他人自杀的界限。自杀是自己剥夺自己生命的行为。这种行为在我国刑法上没有被规定为犯罪。但是，如果自杀者的自杀行为，是在他人逼迫或他人诱骗情况下发生的，实施逼迫、诱骗行为的行为人是否构成故意杀人罪，则要根据逼迫行为和诱骗行为所体现的主观意图来决定。

如果逼迫行为是在非法剥夺对方生命的意图之下实施的，即应负故意杀人罪的刑事责任。如某甲婚后发生婚外恋，欲摆脱其妻，在其妻发现某甲与第三者发生两性关系的情况下，苦劝某甲回心转意，维持家庭稳固，并以如果某甲不听劝告就死在某甲面前，以表示自己维持合法婚姻的强烈愿望。某甲灵机一动，认为正有机可乘，变本加厉逼其妻自杀，其妻忍无可忍，当场吞服敌敌畏，某甲也未进行抢救，以致甲妻死亡。如果行为人虽有逼迫情节，而其意图不在于非法剥夺其生命，则不构成故意杀人罪。如父母暴力干涉儿女的婚姻自由，逼迫其断绝与其女友或者男友的往来而致被干涉者自杀，就不应当认定为故意杀人罪。

如果诱骗目的在于剥夺他人生命，就应定为故意杀人罪，反之，则无罪。如某甲欲与第三者结婚，但其妻不肯离婚，一年后，甲妻生病，久治不愈，某甲则谎称其妻得了癌症，并劝其妻自杀结束自己的痛苦。甲妻认为得了不治之症，熬下去本人受罪难忍，又会耗尽家财，于是在某甲甜言蜜语的诱惑下，自己服毒死亡。甲妻虽然是自杀，某甲也应当负故意杀人罪的刑事责任。

二人相约共同自杀，其中一人死亡，一人未死，对于未死者是否以故意杀人罪追究其刑事责任，也应当具体分析。如果二人相约自杀是真诚的，但由于体质不同或抢救条件不同而致一人死亡，一人生还，对生还者不应定故意杀人罪；如果相约自杀，一方是真心实意，一方是故设圈套，其真实意图在于剥夺对方生命，对后者则应认定为故意杀人罪；如果二人相约自杀，共同约定甲将乙打死，然后乙自杀。但是甲在杀死乙之后，无论

出于何种原因未自杀，或者自杀而未死，都应追究其杀人罪的刑事责任，因为这基于被害人承诺的杀人，是不能排除其犯罪性的。当然如果甲将乙打死后，自杀身亡，就不发生刑事责任问题。

4．处罚

第２３２条规定，犯故意杀人罪的处死刑、无期徒刑或者１０年以上有期徒刑；情节较轻的,处３年以上１０年以下有期徒刑。

（二）故意伤害罪

1．定义

故意伤害罪，是指故意非法损害他人身体健康的行为。

2．特征

（１）主体是自然人一般主体。

（２）客体是他人身体健康。

（３）主观方面是故意。

（４）在客观方面，行为人实施了非法损害他人身体健康的行为，即对他人身体组织的完整性和人体器官正常功能进行破坏的行为。

故意伤害罪的伤害行为，必须针对他人来实行。除军人在战时为了逃避军事义务而自伤身体构成战时自残罪之外，公民自己伤害自己身体的行为不构成犯罪。

故意伤害罪的伤害行为，必须具有“非法”性，否则，不构成犯罪。如在正当防卫限度内将不法侵害人击伤；司法工作人员对无视开枪警告的逃犯击伤致残的行为，都不具违法性质，因此，不属于伤害罪的范畴。

3．认定

（1）重伤与轻伤的界限

重伤害轻伤害属于伤害罪的两种情节，都适用同一个伤害罪的罪名。但是，重伤害与轻伤害法定刑不同，因此，在司法实践中，必须严格进行区分。

第 234 条，对于重伤在法律上作了三项具体规定。最高人民法院、□最高人民检察院、公安部、司法部共同下发的《人体重伤鉴定标准》又详细作了规定。根据这些规定，重伤是指下述三种情况：（１）使人肢体残废或者毁人容貌的。所谓肢体残废，是指由于伤害行为致使肢体缺失，或者肢体完整而肢体功能丧失的情况。所谓毁人容貌，是指毁损他人面容，致使容貌变形、丑陋及功能障碍。（２）使人丧失听觉、视觉或者其他器官损伤和功能丧失。所谓丧失听觉，是指使一耳语音听力减退在９１分贝以上，或者双耳语音听力减退在６０贝分以上。所谓丧失视觉，是指各种损伤致使一眼盲或两眼低视力（其中一眼低视力二级）。所谓其他器官损伤和功能丧失，是指造成颅骨、颈部、胸部、骨盆部、脊柱和脊髓等损伤和功能丧失。（３）其他对于人身体健康有重大伤害的。这是指除上述重伤以外的其他严重影响人体健康的伤害。如，烧伤总面积成人在３０％以上或者三度烧伤在１０％以上，儿童烧伤总面积在１０％以上或者三度烧伤在５％以上，冻伤达三度，致成耳、鼻、手、足等部位坏死及功能严重障碍；物理性损伤（如放射、激光等）、化学性损伤（如强酸强碱等）、生物性损伤（如蛇毒等）致使人体内脏、各器官功能严重障碍或者严重后遗症，等等。

轻伤害是指物理、化学及生物等各种外界因素作用于人体，造成组织、器官结构的一定程度的损害或者部分功能障碍，尚未构成重伤又不属于轻微伤害的。最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《人体轻伤鉴定标准》对各种形式的轻伤做了具体的规定。

对于重伤害、轻伤害的认定，要区别各种不同情况，综合考虑全面因素，然后才能得出正确结论。轻伤害，一般主要根据不法侵害人实施侵害行为时当场所造成的伤害情况；重伤害则要综合考虑不法侵害行为当场造成的伤害、并发症、后遗症等后果，然后才能得出是否属于重伤的结论。受伤当时伤情很重，但未出现并发症，也未留下后遗症者，也要认定为重伤。如，由于被割破血管，失血过多而休克，经及时抢救而脱险，事后恢复

正常，仍然要认定为重伤害。再如，被害人在受害当时伤势较轻，但由于与这一伤害行为关系密切的原因而引起并发症致人致残或器官功能丧失者，仍然要认定为重伤　。如果受害人受害伤情较轻，只是由于医疗事故而引起严重后遗症的，由属于另一个因果关系所确定的责任，不能只从造成严重后果就确定伤害人的重伤责任。

（2）故意伤害罪与故意杀人罪的界限

这两种犯罪容易混淆的主要是伤害致死与故意杀人罪的既遂，和伤害罪的既遂与故意杀人未遂两种情况。容易混淆的原因在于每种情况中的两种罪，都造成相同的结果，因此，必须准确掌握它们之间的界限。

伤害致死与杀人既遂在客观方面都产生了死亡结果，但其主观要件的内容不同，前者为故意伤害他人，后者为故意剥夺他人生命。

伤害既遂与故意杀人未遂,虽然只产生了伤害结果, 但其主观要件的内容不同,前者为故意伤害,后者为故意剥夺他人生命。

如何判断行为人故意的内容，是一个复杂细致的问题。我们必须坚持主客观相一致的原则，既要考虑行为人的认识水平、行为能力，也要考虑作案时的客观环境，作案的全过程。只有在把全部案件事实搞清的基础上，才能准确判明行为人主观要件的具体内容。

（3）故意伤害（致死人命）罪与过失杀人罪的界限

二者都引起了死亡结果，就死亡结果而言都是由犯罪过失所引起，但基本罪主观要件的内容不同。前者，行为人主观上具有伤害他人的故意；后者，不存在任何犯罪的故意。除此之外，伤害致人死亡的死亡后果与过失杀人所引起的死亡后果，在定罪量刑过程中的作用不同。前者，死亡结果是量刑时的法定情节，属于结果加重犯，后者属于定罪的一个不可缺少的条件。

4．处罚

第２３４条规定：故意伤害他人身体的处３年以下有期徒刑、拘役或者管制。故意伤害他人身体，致人重伤的，处３年以上１０年以下有期徒刑；故意伤害他人身体，致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾的，处１０年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。故意伤害他人身体，我国刑法典另有规定的，依照规定。这里是指实施其他故意犯罪，而其行为又伤害他人身体的行为。具体说来，即在刑法条文标有“致人重伤”、“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的”等字样的犯罪，应当按照有关刑法条文的规定，定罪量刑，不再适用《刑法》第２３４条的规定。例如，故意放火、决水、爆炸、投毒致人重伤的，按《刑法》第１１５条定罪量刑；强奸妇女或者奸淫幼女致人重伤的，按《刑法》第２３６条定罪量刑；非法拘禁致人重伤的，按《刑法》第２３８条定罪量刑；抢劫致人重伤的，按第２６３条定罪量刑；玩忽职守致人重伤的，按第３９７条定罪量刑，等等。

（三）强奸罪

1．定义

强奸罪，是指以暴力、胁迫或者其他手段，违背妇女意志，强行与其性交的行为。

2．特征

（１）主体是年满１４周岁的具有责任能力的男子，但在共同犯罪情况下，妇女可以成为强奸妇女罪的教唆犯或帮助犯。

２个或２个以上男子，在同一时间轮流强奸同一妇女的，是轮奸。轮奸行为是强奸妇女罪的严重表现形式，不是独立罪名。轮奸妇女或幼女的，应分别定强奸妇女罪和奸淫幼女罪。对参与轮奸的犯罪分子，应按处罚共同犯罪的原则来处理。

（２）客体是妇女性的不可侵犯的权利，也就是妇女拒绝与任何男子发生性行为的权利。对妇女这一权利的侵犯，同时也严重侵犯妇女的人格尊严。

（３）主观方面只能由直接故意构成，并且行为人必须有明确的强行奸淫的目的，即意图强行与被害妇女

发生性交的目的。

（４）客观方面表现为行为人违背妇女意志，使用暴力、胁迫或者其他手段，强行与其发生性交的行为。所谓违背妇女意志，是指违背妇女自愿性交的真实意思，强行与其发生性交的行为；所谓暴力手段是指对妇女所实行的危及人身安全、人身自由的强暴方法。所谓胁迫方法是指对妇女采取威胁、恐吓等手段，实行精神上的强制，使妇女不敢反抗的方法。所谓其他方法是指上述暴力、胁迫之外的，强使妇女失去反抗能力的方法。如,麻醉方法，假冒妇女之夫的方法，假借看病、□进行性器官检查、鉴定的方法，装神弄鬼的方法等。

强奸妇女罪的对象，只能是已满１４周岁的女子。对于与不能辨认自己行为的呆傻妇女或精神病患者发生性行为的，《中华人民共和国残疾人保障法》明确规定“奸淫因智力残疾或者精神残疾不能辨认自己行为的残疾人的，以强奸论”。

３．认定

（１）强奸罪与通奸行为的界限。通奸是没有夫妻关系的男女之间自愿性交的行为，不违背妇女意志，没有采用强制方法。这是一种不道德的行为。但是，其行为不具有刑事犯罪的性质。因此，严格划清强奸行为与通奸行为的界限，涉及罪与非罪的原则界限，必须准确把握。

a.在男女之间发生性行为之前，既不违背妇女意志，又无勉强女方就范的行为，双方从内心到外部表现形式完全自愿，属于典型的通奸行为。即使事后，因被揭穿，女方为保住自己的脸面而告男方强奸，或因女方事后反悔而告男方强奸，均不能定强奸罪。

b.在男女之间发生性行为之前，不违背妇女意志，但在形式上，男方对女方有勉强其性交的形式。即“形拒而实就”, 不应认定为强奸妇女罪。因为是否违背妇女意志，是强奸罪的本质特征。缺少这一特征，强奸罪就不能成立。

c.在男女之间发生性行为之前，女方表示拒绝，但是，没有反抗表示，是否应当认定为强奸罪，要具体分析。

首先，要分析女方拒绝与对方发生性行为是否是其真实的意思表示，如果是真实的，即使女方没有反抗表现，也应当认定为强奸罪，否则，即应认定为通奸；

其次，要分析女方没有进行反抗的原因。如果表面拒绝发生性关系，而内心同意者，属于通奸行为。如果拒绝发生性行为的意思表示是真实的，只是由于其处于孤立无援境地；由于精神紧张，无措手足；内心恐惧，失去反抗能力等而未进行反抗的，仍应定为强奸妇女罪。仅凭妇女在发生性行为之前和性行为之中没有进行反抗，不能认定为通奸行为。

再次，先通奸后强奸，先强奸后通奸行为的性质的认定。男女先有通奸行为，后女方决意中断不正当的两性关系，而男方强行与女方再度发生性交行为者，应定强奸妇女罪；先有强奸行为，而后双方自愿发生性交行为的，行为性质已经发生了变化。在这种情况下，诉诸刑法的强制力，排除男方强加给女方的性侵害，以恢复法律秩序和女方的心理平衡，已经失去了合理性的根据，因此，不应再追究其强奸妇女行为的刑事责任。

最后，利用教养关系和从属关系所实行的强奸妇女的行为与利用教养关系、领导关系进行通奸行为的界限。凡违背妇女意志，迫使生女、养女成奸，凡是违背妇女意志，利用职权，威逼成奸的，都应当认定为强奸妇女罪。否则，不应当作为强奸妇女罪，追究其刑事责任。

（２）“抢亲”后强行发生性交行为中的罪与非罪。□“抢亲”后强行发生性交行为，要区别情况，分别处理。

a.男女双方已经领到结婚证，但女方后悔拒不完婚，男方强行将女方抢回家中，强行发生性交行为的，一般不应定强奸妇女罪。但是，如果女方是受欺骗或父母强迫包办而与男方登记结婚的，则应定强奸妇女罪。

b.少数民族地区沿用陋俗，以“抢亲”形式完婚的，一般不以犯罪论处。但是，以玩弄女性为目的，利用抢亲陋俗，违背妇女意志，强行奸污妇女，而被害人坚持告发的，应当定强奸罪。

（３）男女双方建立恋爱关系、订立婚约，在恋爱关系、婚约保持过程中或中断以后，违背妇女意志，将

女方抢至家中强行发生性交行为的，应当定强奸妇女罪。

4．处罚

第２３６条规定，强奸妇女的处３年以上１０年以下有期徒刑；有下列５种情形之一的，处１０年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑：（１）强奸妇女情节恶劣的；（２）强奸妇女多人的；（３）在公共场所当众强奸妇女的；（４）2□人以上轮奸的；（５）致使被害人重伤、死亡或者造成其他严重后果的。

“情节恶劣”如何理解，新刑法公布后未见新的司法解释。根据新刑法典与原刑法法定刑的比较，这里的情节恶劣相当于原刑法所规定的“情节特别严重”。原司法解释认为：“情节特别严重”是指强奸妇女手段残酷；强奸妇女多人或多次；轮奸妇女的主犯和首要分子；因强奸妇女引起被害人自杀、精神失常以及其他严重后果；在公共场所劫持并强奸妇女；多次利用淫秽物品、跳黑灯舞等手段引诱女青年进行强奸，在社会上造成很坏影响、危害极大的。

强奸致人重伤死亡，是指行为人在实施强奸犯罪过程中，因使用暴力而直接导致被害人性器官严重损伤，或者造成其他严重伤害，甚至当场死亡或者经治疗无效而死亡的。如果在实施强奸妇女行为之后，为了报复、灭口等动机而将妇女重伤或杀死的，不属于强奸致人重伤死亡，而应当分别定强奸妇女罪、故意伤害罪或故意杀人罪，然后实行数罪并罚。

在处罚强奸妇女的犯罪时，还应当注意区分强奸妇女罪的既遂和未遂。在我国传统观念看来，妇女遭受强奸行为的侵害，如果未被奸入，该妇女就没有失去贞操。根据这种传统观念，我们认为以是否奸入，作为强奸妇女罪既遂未遂的标准是适宜的。

（四）奸淫幼女罪

1．定义

奸淫幼女罪，是指与不满１４周岁的幼女发生性交的行为。

2．特征

（1）主体是自然人一般主体。

（2）客体是幼女的身心健康。

（3）主观方面是故意，并且具有奸淫目的。

（4）客观方面表现为与不满１４周岁的幼女发生性交的行为。不管幼女是否同意，也不管行为人用什么方法达到奸淫目的，只要实施与幼女性交的行为，即构成奸淫幼女罪。

奸淫幼女罪的行为对象，只能是不满１４周岁的幼女，奸淫已满１４周岁以上的少女，如果违背妇女意志，构成强奸妇女罪。

3.认定

（1）奸淫幼女罪与少男少女越轨行为的界限。最高人民法院、最高人民检察院、公安部在《关于当前办理强奸案件中具体应用法律的若干问题的解答》中明确规定，１４岁以上不满１６岁的男少年，同不满１４岁的幼女发生性行为，情节显著轻微，危害不大的，依照第１３条的规定，不认为是奸淫幼女罪，责成家长和学校严加管教。

（2）奸淫幼女罪既遂未遂的界限。奸淫幼女罪只要行为人生殖器接触幼女生殖器，即为既遂。这体现了对幼女严格保护的刑事政策。与强奸妇女罪的既遂标准相比较，这里的标准更为严格，这是必要的。

3．处罚

第２３６条规定，奸淫幼女的以强奸论，从重处罚。即属于强奸幼女罪第 1□款规定之情形的在３年以上１０年以下有期徒刑幅度内从重处罚，属于强奸妇女罪第２款规定之情形的在１０年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑的量刑幅度内从重处罚。

（五）绑架罪

1.定义

绑架罪，是以勒索财物或财产性利益为目的，采用暴力、胁迫或者麻醉方法，劫持他人，或者绑架他人作为人质的行为。

2.特征

（1）主体是自然人一般主体。

（2）客体是他人的身体健康权、生命权、人身自由权。绑架所使用的暴力、威胁、麻醉或其他方法本身就危及到被害人的身体健康；以暴力、胁迫、麻醉或其他方法劫持他人以后会对被害人加以禁闭、监视等，就剥夺了其人身自由权；绑架罪行为人的犯罪目的（勒索财物）不能得逞，就会对被害人下毒手，杀人灭口，侵犯了被害人的生命权。

本罪犯罪对象为有任何有生命的白然人，不仅仅包括妇女、儿童、婴幼儿。实践中被绑架的对象多为妇女、儿童、个体户、私营业主或大公司、企业的重要人物。

（3）主观方面现为方面直接故意，且以勒索他人财物为目的或者以他人作为人质为目的，所谓以勒索财物为目的，是指行为人绑架被害人的目的在于以加害被害人相威胁，迫使被害人的近亲属交给其财物，这里的财物包括货币、有价证券、金银财宝等具有经济价值的物品或财产性利益。

（4）客观方面表现为以暴力、胁迫、麻醉或其他打法劫持他人的行为。所谓暴力是指直接对被害人身体实施打击和强制，如捆绑、推、拽、殴打、伤害、强行架走等，所谓胁迫是指以不顺从就实施暴力相威胁，对被害人实行精神强制，使其恐惧不敢反抗的行为。胁迫的内容有人认为除以实施暴力、威胁外还有其他非暴力威胁，这种观点不妥。非暴力内容的威胁不危及被害人的人身安全，其社会危害性与危及被害人人身安全的暴力、以暴力相威胁、麻醉方法是截然不同的，就如以非暴力相威胁，强行劫走被害人财产的行为不定抢劫罪而定敲诈勒索罪一样，以非暴力内容的胁迫宜以拐卖妇女、儿童定罪。胁迫实施暴力的对象既可以是被害人本人，也可以是对在场的被害人的亲属，胁迫的方式可以用语言，也可以用动作，如用刀在被害人面前比划，但胁迫必须是对被害人当面实施。所谓麻醉是指利用药物、醉酒等致被害人麻痹、昏睡、昏迷的行为。

不管是暴力、胁迫还是麻醉方法，其本质特征均是违背被害人意志，致被害人不能反抗、不敢反抗、无力或不知反抗而劫走被害人，故其暴力、胁迫、麻醉的程度要达到使被害人不能、不敢、无力或不知反抗的程度。如行为人在拐骗过程中尽管有推、拽、实施轻微的暴力相威胁的行为或有劝酒、使用药物等行为，但不足以使被害人不能、不敢、无力或不知反抗，被害人随行为人出走主要出于轻信，受其利诱等，则不能定该罪。

所谓“劫持”是指将被害人劫离原地和把持控制被害人。劫离原地的方法已如前述，把持控制被害人的方法多种多样，如捆绑、禁闭、监视、挟持、麻醉等。其本质特征是剥夺被害人的人身自由，故在把持控制被害人的过程中行为人也可能使用暴力、威胁，也可能不使用暴力、威胁。

3.认定

（1）绑架勒索罪与拐卖妇女、儿童罪的界限

拐卖妇女、儿童罪与绑架罪均有绑架的行为，在形式上有许多相似之处，两者区别之关键在于犯罪目的不同，拐卖妇女、儿童罪以出卖为目的，而绑架罪以勒索财物、以他人作人质等为目的。

（2） 绑架勒索罪与敲诈勒索罪的界限

以威胁方法实施绑架罪与敲诈勒索罪常易混淆，主要区别是：1、犯罪侵害的对象不同。敲诈勒索罪实施威胁的对象和取得财物的对象是同一个。而绑架罪实施威胁绑架的对象和取得财物的对象是分别不同的人。2、客观要件表现不同。敲诈勒索罪威胁的内容如系暴力，行人声称是将来实施，而绑架暴力内容的威胁，则是当时、当场已经实施的。3、敲诈勒索罪行为人并不掳走被害人予以隐藏控制，而绑架罪则要将被害人掳走加以隐藏、控制。另外，如果行为人以并不存在的绑架行为欺骗威吓某人不是当场交付财物的，既不应以敲诈勒索定罪，也不能以绑架定罪，而应以诈骗罪论处。如欺骗威吓某人当场交出财物，而威吓的内容是以暴力侵害人身为内

容的，则应以抢劫罪论处，如威吓的内容是以揭露隐私等，则应以敲诈勒索罪论处。

（3）绑架勒索罪与非法拘禁罪的界限

绑架罪与非法拘禁罪实际上存在特殊与一般的关系，两者都是侵犯他人人身自由权利的犯罪，而且，绑架罪在客观上也必然表现为非法剥夺他人人身自由的行为，剥夺的方法与非法拘禁罪的方法没有质的区别，都可以是暴力、胁迫或其他方法；非法拘禁罪也可以由绑架方法构成；两罪中将被害人绑架、劫持的空间特点也一样，既可以是就地不动，也可以是将被害人掳离原所在地。

绑架罪与非法拘禁罪的区别主要在于，绑架罪的构成不仅要求有非法剥夺人身自由的行为，而且要求有勒索财物或满足行为人不法要求的目的以及与此相应的勒财或提出不法要求的实行行为。而非法拘禁罪仅要求行为人具有剥夺他人人身自由的目的。实践中，涉及绑架罪与非法拘禁罪界限区分问题的主要是为索债而绑架、扣押人质的案件。本法第 238 条第 3 款明确规定：为索取债务而非法扣押、拘禁他人的，以非法拘禁罪定罪处罚。我们认为，对于索债而绑架、扣押人质的案件，处理时应注意，如本法颁行前的有关司法解释的规定与本法冲突的，不应再参照适用，并应从这样几个方面注意区别非法拘禁罪与绑架罪之界限：1、本条第 3 款规定的“为索取债务而非法扣押、拘禁他人”, 指的是合法债务，为索取非法债务如赌博债而非法扣押、拘禁他人的，应以绑架罪定罪处罚。债权债务关系不明的，行为人确系出于索取合法债务的目的而实施绑架行为的，应以非法拘禁罪定性。但是，对于行为人与他人有债权债务关系而绑架、扣押人质的案件，也要认真考察行为人的真实意图，对行为人绑架、扣押人质而目的不在于索取债务的，对行为人仍要以绑架罪定罪处罚。2、为索取债务绑架他人后，向被绑架人的近亲属或其他人索得债务后，又索取额外财物或以人质相挟提出其他不法要求的，行为人同时触犯非法拘禁罪和绑架罪两个罪名。但应视此情况为想象竞合犯（实施一个索取财物行为，而财物中既有债务又有额外财物时）或吸收犯的形态，对行为人以绑架罪一罪处理。

（4）绑架勒索罪与抢劫罪的界限

绑架勒索的绑架罪与抢劫罪都以取得财物为目的；在客观上都可以表现为暴力、胁迫等强制手段：在侵犯的合法权益方面，两者也都同时侵犯了公民的人身权利和财产权利，因而两者是十分近似的犯罪。区别两者的关键有两个方面：第一，绑架罪是以非法剥夺人身自由的方法，并以被绑架人的安危为要挟，勒索财物行为的指向对象为被绑架人以外的第三人，即被绑架人的近亲属或其他人，而不可能是被绑架人；抢劫罪的方法则一般不表现为非法剥夺人身自由，而且其要挟的人及劫财行为指向的对象一般具有同一性。第二，绑架罪由于是将被绑架人作为人质向第三人索取财物，因此获取财物的时间不可能是绑架行为实施的当时，也一般不可能是当场获取财物。而抢劫罪只能是当场及在暴力、胁迫行为实施的当时劫取财物。

4.处罚

第２３９条规定，以勒索财物为目的绑架他人的，或者绑架他人作为人质的，处１０年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；致使被绑架人死亡或者杀害被绑架人的，处死刑并处没收财产；以勒索财物为目的偷盗婴、幼儿的，依照前款规定处罚。

（六）拐卖妇女、儿童罪

1.定义

拐卖妇女、儿童罪，是指以出卖为目的，拐骗、收买、贩卖、接送、中转妇女、儿童的行为。

2.特征

（1）主体是自然人一般主体。任何达到刑事责任年龄并具有刑事责任能力的自然人均能构成本罪。

（2）客体是妇女、儿童人身自由和尊严。身体自由权是指以身体的动静举止不受非法干预为内容的人格权；人格尊严权，是指与民事主体的尊严密切相关的以精神性人格利益为内容的人格权。被害妇女、儿童被拐骗后，处于行为人控制之下，处于被欺骗、任其摆布的境地，失去决定自己去向的身体自由权，行为人将被害妇女、儿童当作商品出卖，损害其做人的尊严。至于本罪所引起的被害人家庭妻离子散，有时甚至家破人亡是本罪的

危害后果，而非客体要件，本罪侵犯的对象为妇女、儿童。“妇女”指 14 周岁以上的女性。根据最新司法解释的规定，这里的“妇女”既包括具有中国国籍的妇女，也包括具有外国国籍和无国籍的妇女，被拐卖的外国妇女没有身份证明的，不影响本罪的成立。“儿童”一般指 14 周岁以下的人。

（3）主观方面表现为直接故意。而且行为人主观上具有出卖的目的。根据本条的规定，只要行为人以出卖为目的实施了拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转被拐妇女、儿童行为之一的，即构成拐卖妇女、儿童罪。至于是否卖出，即犯罪目的是否实现不影响本罪的成立。但是，如果行为人实施上述行为并不是以出卖为目的，例如，是为了奸淫、收养、奴役、强迫卖淫等目的，则可能构成其他犯罪，不构成本罪。但实践中有的行为人收买被拐卖的妇女、儿童是为了与被害人形成婚姻、家庭关系，并不是为出卖，而收买后，由于被害人反抗或者其他原因，行为人又将收买的妇女、儿童卖给他人，应以本罪处罚。实践中，拐卖妇女、儿童一般是以营利为目的，但也不能绝对排除不以营利为目的而实施拐卖妇女、儿童的行为。如出于报复他人动机而实施拐卖妇女、儿童的行为。如果仅强调以营利为日的，就会漏掉不以营利为目的而实施此类行为。

（4）客观方面表现为非法拐骗、绑架、收买、贩卖、接送或者中转妇女、儿童的行为。所谓拐骗，是指行为人以利诱、欺骗等非暴力手段使妇女、儿童脱离家庭或监护人并为自己所控制的行为。拐骗的方法多种多样：有的是在车站、码头等公共场所，物色外流妇女，并用谎言骗取信任，达到自己的罪恶目的；有的是利用各种关系，花言巧语夸某地生活好，以帮助介绍对象、安置工作等为诱饵，诱骗妇女随自己离家出走；有的是以帮助照看为名将儿童从监护人手中骗走；有的则是以帮助引路、给零食等方法，将儿童拐走。所谓绑架，是指以暴力、胁迫、麻醉等方法将被害人劫离原地和把持控制被害人的行为。所谓收买，是指为了再转手出卖而从拐卖妇女、儿童的犯罪分子手中买来被拐骗妇女、儿童的行为，所谓贩卖，是指行为人将买来的被拐的妇女、儿童再出卖给第二人的行为，接送、中转，是指在拐卖妇女、儿童的共同犯罪中，进行接应、藏匿、转送、接转被拐骗的妇女、儿童的行为。

将收买、绑架、贩卖、接送、中转被拐骗妇女、儿童的行为作为拐卖妇女、儿童犯罪的表现形式，是本法对拐卖人口犯罪立法的进一步完善。根据本条规定，行为人只要实施了拐骗、绑架、收卖、贩卖、接送或者中转妇女、儿童中的任何一种行为，即构成拐卖妇女、儿童罪。在五种行为方式中，拐骗和贩卖是拐卖妇女、儿童罪中最主要、最常见的客观表现。

3.认定

（1）拐卖妇女、儿童罪与介绍婚姻索取财物的界限

借介绍婚姻而索取财物，是指行为人借为男女双方做婚姻介绍人的机会，向其中一方或双方索取财物的行为。借介绍收养而索取财物，是指行为人借为他人介绍收养的机会，向收养一方索取财物的行为。又分拐卖妇女、儿童罪与上述两种行为，应当把握以下几点：

1、是否具有欺骗和违背妇女意志的情形。被拐卖妇女除个别情况是出于妇女自愿以外，大多数是被欺骗和违背其意志的；而介绍婚姻索取财物的行为，其婚姻是建立在女方自愿的基础上，并不违背其意志，不具有欺骗性。介绍收养儿童，须是出于双方自愿，特别是送养方必须是出于自愿、收养关系成立，介绍人只是起牵线搭桥作用。

2、收取财物的性质不同。拐卖妇女、儿童收取财物具有交易的性质，行为人获取的财物是妇女、儿童的身价，且数额较高；而介绍婚姻、介绍收养的，收取的财物具有酬谢的性质，不是将如女、儿童作为买卖的对象，行为人是在婚姻、收养关系自愿成立的基础上索取酬金，数目相对较低。

3、主观目的不同。行为人拐卖妇女、儿童主观上是以出卖为目的；而介绍婚姻、介绍收养儿童索取财物是以获取财物作为适当的酬谢。

（2）拐卖妇女、儿童罪与诈骗罪的界限

一般情况下，拐卖妇女、儿童罪与诈骗罪很容易区分。但在实践中，有的妇女与他人合谋，以介绍婚姻或

者被“卖”的形式设置骗局，骗取买方财物后逃走，有的妇女甚至跟“收买”者生活相当长一段时间。区别这种形式的诈骗罪与拐卖妇女罪应主要把握以下两点：1、犯罪目的不同。诈骗罪的犯罪目的是骗取钱财；拐卖妇女罪的犯罪目的则是为了出售妇女后获得财物。2、客观表现不同。诈骗罪在客观上表现为妇女与他人合谋共犯，骗取他人钱财；拐卖妇女罪则是行为人对妇女采取欺骗、蒙蔽手段，将其卖给他人。

（3）拐卖妇女、儿童罪的一罪与数罪的界限

根据本条的规定，犯罪分子在拐卖妇女、儿童的过程中，有下列情形的，应当作为犯罪情节，不单独定罪，而与拐卖妇女、儿童罪实行并罚：（1）奸淫被拐卖的妇女。这里的“奸淫”，不论行为人是否使用了暴力或者胁迫等强制手段，也不论被害妇女是否有反抗行为，都可以认定为量刑情节，但不能单独定罪。（2）诱骗、强迫被拐卖的妇女卖淫或者将被拐卖的妇女卖给他人迫使其卖淫的。（3）以出卖为目的，使用暴力、胁迫或者麻醉方法绑架妇女、儿童的；（4）以出卖为目的，偷盗婴幼儿的。（5）造成被拐卖的妇女、儿童或者其亲属重伤、死亡或者其他严重后果的。这里指的是，由于犯罪分子拐卖妇女、儿童的行为，直接、间接造成被拐卖的妇女、儿童或其亲属重伤、死亡或者其他严重后果的。例如：由于罪犯采用拘禁、捆绑、虐待等手段，致使被害人重伤、死亡或者其他严重后果的；由于罪犯的拐卖行为以及拐卖中的侮辱、殴打等行为引起被害人或其亲属自杀、精神失常或者其他严重后果的，等等。除此之外，对在拐卖妇女、儿童的犯罪过程中犯有其他罪行的，如对被拐卖的妇女、儿童故意杀害、伤害的，对行为人应以故意杀人罪或者故意伤害罪与拐卖妇女、儿童罪实行并罚。

4.处罚

第240条规定，拐卖妇女、儿童的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；有下列情形之一的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产：情节特别严重的，处死刑，并处没收财产：

（一）拐卖妇女、儿童集团的首要分子；

（二）拐卖妇女、儿童三人以上的；

（三）奸淫被拐卖的妇女的；

（四）诱骗、强迫被拐卖的妇女卖淫或者将被拐卖的妇女卖给他人迫使其卖淫的；

（五）以出卖为目的，使用暴力、胁迫或者麻醉方法绑架妇女、儿童的；

（六）以出卖为目的，偷盗婴幼儿的；

（七）造成被拐卖的妇女、儿童或者其亲属重伤、死亡或者其他严重后果的；

（八）将妇女、儿童卖往境外的。

1、情节特别严重的认定

参照 1992 年最高人民法院、最高人民检察院《关于执行（全国人大常委会关于严惩拐卖、绑架妇女、儿童的犯罪分子的决定，的若干问题的解答，（以下简称《解答》）的规定，这里所说的“情节特别严重”，是指本法第 240 条第 1 款所列的 8 项情形中特别严重的情节。在具体执行中，不应在这 8 项情形之外再扩大范围。

2、拐卖妇女、儿童集团的首要分子的认定

首要分子是指在拐卖妇女、儿童犯罪集团中起组织、策划、指挥作用的犯罪分子。需要指出，在一起案件中，首要分子既可能是一个，也可能是几个。凡符合法定特征的，都要认定为首要分子。根据本法第 26 条第 3 款的规定，对组织、领导犯罪集团的首要分子，按照集团所犯全部罪行处罚。

3、拐卖妇女、儿童 3 人以上的认定

拐卖妇女、儿童 3 人以上既可以是一次拐卖妇女、儿童 3 人以上，也包括多次拐卖妇女、儿童 3 人以上；行为人既可以是实施拐骗等 6 种行为之一而对象为 3 人以上，也可以是两种以上行为而对象总计为 3 人以上，如拐骗 1 人，中转过另外 2 人。但是，实践中往往出现被拐卖的妇女自愿随带自己不满 14 周岁的子女的情况，对此应如何认定行为人拐卖的人数呢，跟随被拐卖妇女的儿童能否计入总数：我们认为，关键要看行为人是否有将儿童一并出卖的目的，对此要考察行为人是否有以妇女所带儿童作价，与他人讨价还价的行为。对于没有

一并出卖儿童的行为和目的的情况，不应将儿童计人拐卖的人数之中。

4、奸淫被拐卖的妇女的认定

根据 1991 年“两高”《解答》的规定，这是指拐卖妇女的犯罪分子在拐卖过程中，与被害妇女发生性关系的行为，而不论行为人是否使用了暴力或者胁迫手段，也不论被害妇女是否有无反抗行为，都应当按此项规定处罚。但如果不违背妇女意志的奸淫行为，则不在此列。比如妇女自愿被他人拐卖，在拐卖过程中又自愿地与拐卖人性交，任拐卖人奸淫，就奸淫而言，并不具有侵犯妇女人身权利之性质，不应适用本法第 240 条第 1 款 “奸淫被拐卖的妇女”之规定。当然如果被拐卖的对象是不满 14 周岁的幼女，行为人明知而与之性交的，即便幼女自愿，也具有奸淫幼女犯罪的本质，应适用该项规定。总之，这里的“奸淫被拐卖的妇女”，必须是在性质上已构成强奸罪或奸淫幼女罪的奸淫行为（但奸淫既遂与未遂在所不问）。

5、诱骗、强迫被拐卖的妇女卖淫或者将被拐卖的妇女卖给他人迫使其卖淫的认定

这里实际上包括两种情况：（1）诱骗、强迫被拐卖的妇女卖淫，即指采用引诱、欺骗、强迫方法使被拐卖的妇女卖淫。我们认为这种行为应限于拐卖过程中，如果行为人是先有引诱、强迫妇女卖淫的行为尔后又起意将妇女出卖的，或者拐卖妇女之后，又通过各种途径对该被拐卖的妇女引诱、强迫而使其卖淫的，应以拐卖妇女、儿童罪与引诱卖淫罪 （当对象为不满 14 周岁少女时，则为引诱幼女卖淫罪）或强迫卖淫罪对行为人实行数罪并罚。（2）将被拐卖的妇女卖给他人迫使其卖淫。这一情节中，要求拐卖人明知收买人迫使该妇女卖淫。如果行为人确实不知收买人将妇女买去是迫使其卖淫，对行为人追究这一行为的刑事责任 （表现为从重处罚）没有合理根据，违背了刑法主客观相一致的刑事责任原则。

6、造成被拐卖的妇女、儿童或者其亲属重伤、死亡或者其他严重后果的认定

这是指在拐卖过程中，行为人为制止被拐卖人或其亲属的反抗而实施捆绑、殴打行为，或者被拐卖人及其亲属因犯罪分子的拐卖行为、拐卖中的殴打、侮辱、虐待、强迫卖淫、奸淫等行为而在精神上遭受打击，造成重伤、死亡或者精神失常等情况，包括引起自杀在内。如果在拐卖过程中，行为人故意对被拐卖的妇女、儿童实施杀害或重伤，对行为人应以故意杀人罪或故意伤害（重伤）罪与拐卖妇女、儿童罪实行数罪并罚，应当注意的一个问题是，拐卖妇女、儿童罪可以由绑架行为构成。那么，对于行为人以出卖为目的绑架妇女、儿童的过程中，故意伤害或故意杀害被绑架的妇女、儿童的行为，在本法第 239 条中，故意杀害被绑架人的行为被明确规定为绑架罪的一个从重情节，故意重伤作为从重情节，根据“举重明轻”逻辑，也内涵于法条之中，因此对行为人不必以故意杀人罪或故意伤害罪与绑架罪实行数罪并罚。这就存在着矛盾之处，尚须有关司法解释予以明确。

7、将妇女、儿童卖往境外的认定

在有分工的共同犯罪中，不论行为人是实施拐卖妇女、儿童罪法定的客观行为中之何种，只要其具有将妇女、儿童卖往境外的目的，均与此情节符合，而不要求实际上已将妇女、儿童卖至境外，离开国境线。“境外”是指我国国境以外的国家和地区，以及回归之前的台、港、澳地区，香港、澳门已经回归中国，因此不应包括在“境外”之中。

（七）诬告陷害罪

1.定义

诬告陷害罪，是指意图使他人(包括犯人)受到刑事处分，捏造事实，向国家机关或有关单位告发他人有罪的行为。

2.特征

（1）主体是自然人一般主体，只要达到法定刑事责任年龄，并且具有刑事责任能力的人即可构成，但是，如果主体是国家机关工作人员，还要从重处罚。本罪的行为人只要实施了诬告陷害他人的行为，就构成犯罪既遂。被诬告人是否因此受到刑事处罚，则不影响本罪的成立。

（2）客体是他人的人身权利和司法机关的正常活动。这种犯罪是行为人企图假借司法机关实现其诬陷无辜的目的。这种犯罪不仅侵犯了公民的人身权利，使无辜者的名誉受到损害，而且可能导致错捕、错判，甚至错杀的严重后果，造成冤假错案，干扰司法机关的正常活动，破坏司法机关的威信。我国宪法将惩治诬告陷害提高为宪法原则：中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯，禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。

（3）主观方面必须出于直接故意，即明知自己在捏造事实，一向有关机关或单位告发就会产生被告发人遭受刑事追究的危害后果，但仍决意为之，并且希望这一危害结果发生。其动机可多种多样，有的是挟嫌报复、栽赃陷害、发泄私愤；有的是名利熏心、嫉贤妒能、邀功请赏：有的是居心叵测，排除异己，欲取而代之；有的是嫁祸他人，以洗刷自己、摆脱困境；等等。但不管其动机如何，其目的都是为了使他人受到刑事追究。如果不具有这一目的，而仅仅是为了诸如败坏他人名誉，阻止他人升迁而捏造事实诬告其有不道德甚或一般的违法行为，就不能构成本罪。当然，行为人实施了诬告陷害的行为，但是否实现了其目的即他人是否已受到刑事追究，则不影响本罪成立。至于受到刑事追究，则是指公安、检察、法院依照刑法、刑事诉讼法的有关规定对所告发的事实已立案查处。

（4）客观方面表现为捏造他人犯罪的事实，向国家机关或有关单位告发，或者采取其他方法足以引起司法机关的追究活动。

首先，必须捏造犯罪事实，即无中生有、栽赃陷害、借题发挥 把杜撰的或他人的犯罪事实强加于被害人。所捏造的犯罪事实，只要足以引起司法机关追究被害人的刑事责任即可，并不要求捏造详细情节与证据。有一种观点认为，捏造他人一般违法事实的也构成诬告陷害罪，我们不同意这种观点。因为本法明文要求主观意图是 “使他人受刑事追究”。

其次，必须向国家机关或有关单位告发，或者采取其他方法足以引起司法机关的追究活动，告发方式多种多样，如口头的、书面的、署名的、匿名的、直接的、间接的等等。如果只捏造犯罪事实，既不告发，也不采取其他方法引起司法机关追究的，则不构成本罪。

再次，必须有特定的对象。如果没有特定对象，就不可能导致司法机关追究某人的刑事责任，因而不会侵犯他人的人身权利。当然，特定对象并不要求行为人点名道姓，只要告发的内容足以使司法机关确认对象是谁就构成诬告陷害罪。至于被诬陷的对象是遵纪守法的公民，还是正在服刑的犯人，以及是否因被诬告而受到刑事处分，均不影响本罪的成立。诬陷没有达到法定年龄或者没有辨认或控制能力的人犯罪，属于对象不能犯，仍构成诬告陷害罪。

最后，由于本罪规定在“侵犯公民人身权利、民主权利罪”一章中，故诬告自己犯罪的，不成立本罪。

3.认定

（1）罪与非罪的界限

1、本罪与错告的界限

本条第 3 款规定：“不是有意诬陷，而是错告，或者检举失实的，不适用前款规定。”所谓错告，是指错误地指控他人有犯罪事实的告发行为。所谓检举失实，是指揭发他人罪行，但揭发的事实与实际情况完全不符或部分不符的行为。我国宪法规定：“中华人民共和国公民对于任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为，有向有关国家机关提出申诉、控告或者检举的权利，但是不得捏造或者歪曲事实进行诬告陷害。”这就把诬告与错告在性质上清楚地区别开来了。诬告与错告，在主观方面有着质的不同：前者是故意捏造事实，作虚假告发，属于犯罪行为；后者则是由于情况不明，或者认识片面而在控告、检举中发生差错。由此可见，是否具有诬陷的故意，是区分诬告与错告的最基本的标志。

2、本罪与一般诬告陷害行为的界限

两者都具有捏造事实、诬陷好人的特征。但是，诬陷的内容、目的和性质，又各不相同：诬告陷害罪是捏造事实，意图使他人受刑事处罚，而一般诬陷行为仅限于捏造犯错误的事实，其目的只是使他人受到某种行政

纪律处分，因此，从性质上讲一个是犯罪，一个是违法。对一般诬陷行为，可根据不同情节和后果，分别给予行政处罚、纪律处分或者批评教育。

（2）本罪与诽谤罪的界限

二者的共同点表现在都是捏造事实，而且诽谤罪也可能捏造犯罪事实。主要区别是：1、客体要件不同：前者侵犯的是公民的人身权利；后者侵犯的是公民的名誉。2、主观方面不同：前者的目的是使他人受刑事追究；后者的目的是破坏他人名誉。3、客观行为不同：前者是捏造他人犯罪的事实，通常向国家机关或有关单位告发；后者是捏造有损他人名誉的事实，散布于第三者或更多的人，但不向国家机关或有关单位告发。如果行为人虽然捏造他人犯罪的事实，但并不告发，而是私下散布，旨在损害他人名誉，就构成诽谤罪。

（3）本罪与报复陷害罪的界限

二者都表现为陷害他人，主要区别是：1、客体不同：前者侵犯的是公民的人身权利；后者侵犯的是公民的民主权利。2、对象不同：前者的对象是一切公民；后者的对象是控告人、申诉人、批评人与举报人。3、主体不同：前者是一般主体；后者是国家机关工作人员。4、行为表现不同：前者表现为捏造犯罪事实，作虚假告发；后者表现为滥用职权、假公济私，进行报复陷害。5、目的不同：前者是意图使他人受刑事追究；后者是一般报复的目的。国家机关工作人员为了报复陷害控告人、申诉人、批评人，利用职权、捏造犯罪事实，并向有关机关告发的，完全符合诬告陷害罪的特征，应定诬告陷害罪，不定报复陷害罪。

4.处罚

第243条规定，捏造事实诬告陷害他人，意图使他人受到刑事追究，情节严重的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制；造成严重后果的，处3年以上10年以下有期徒刑，国家工作人员犯诬告陷害罪的，从重处罚。

（八）刑讯逼供罪

1.定义

刑讯逼供罪，是指司法工作人员对犯罪嫌疑人、被告人使用肉刑或者变相肉刑，逼取口供的行为。

2.特征

（1）主体是司法工作人员，即具有侦查、检察、审判、监管职责的工作人员。

（2）客体是复杂客体，即公民的人身权利和国家司法机关的正常活动。我国法律严格保护公民的人身权利，即使是被怀疑或者被指控犯有罪行而受审的人，也不允许非法侵犯其人身权利。刑讯逼供会造成受审人的肉体伤害和精神损害，因此，直接侵犯了公民的人身权利。而按照刑讯逼供所得的口供定案，又往往是造成冤假错案的原因，因此，又妨害了司法机关的正常活动，破坏了社会主义法制，损害了司法机关的威信。本罪侵害的对象是犯罪嫌疑人和被告人。所谓犯罪嫌疑人，是指根据一定证据被怀疑可能是实施犯罪行为的人。所谓被告人，是指依法被控诉有罪，并由司法机关追究刑事责任的人。证人不能成为本罪侵害的对象，如果对他们刑讯逼供构成犯罪的，按暴力取证罪论处。

（3）刑讯逼供罪在主观方面是直接故意，目的在于逼取口供。至于行为人是否得到供述，犯罪嫌疑人、被告人的供述是否符合事实，均不影响本罪成立。如果行为人对犯罪嫌疑人、被告人使用肉刑或者变相肉刑不是为了逼取口供，而是出于其他目的，则不构成本罪。犯罪动机不影响本罪成立。司法实践中有人主张，犯罪动机是“为公”的（如为了迅速结案），就不应以犯罪论处；犯罪动机是“为私”的（如为了挟嫌报复），才应以犯罪论处。这种观点不妥当。不管是为公还是为私，刑讯逼供行为都侵犯了他人的人身权利，具有犯罪的社会危害性。上述不同动机只能影响量刑，不能影响定罪。

（4）客观方面表现为使用肉刑或者变相肉刑，向人犯逼取口供的行为。在这里，肉刑是指采取各种使人犯身体肌肉或器官造成痛苦的刑具与方法。所谓变相肉刑，是指用直接伤害身体的肉刑以外的方法和手段，如长时间罚站，不准睡眠、冻饿、车轮战等折磨身心的方法。

3.认定

（1）刑讯逼供罪与非罪的界限

刑讯逼供罪的行为人在主观上是为了获得人犯的口供，但不是任何为了获取人犯口供而实施的违法行为都构成刑讯逼供罪，如司法人员在侦查、侦察、审判过程中所实施的引供、诱供、指名问供行为，就不属于刑讯逼供罪的范畴。刑讯逼供罪必须施行肉刑或变相肉刑逼取口供才能构成犯罪，一般引供、诱供、指名问供行为只要未实施肉刑或变相肉刑的就不构成本罪，对其应当进行批评教育，情节严重者可以给以纪律处分。

（2）利用职权与非利用职权所进行的刑讯逼供行为的界限

工作人员利用职务上的便利刑讯逼供者，构成刑讯逼供罪。而未利用职务私设公堂搞刑讯逼供的，则不构成刑讯逼供罪，根据不同情况，按非法拘禁罪、伤害罪、故意杀人罪等罪名，追究行为人的刑事责任。

（3）刑讯逼供罪与故意伤害罪的界限

刑讯逼供行为往往给被害人的身体造成某种损害，严重的还可能致人伤残甚至死亡。这就与故意伤害的危害后果有相似之处，依本条规定，刑讯逼供，致人伤残、死亡的，依本法第 234 条关于故意伤害罪、第 232 条关于故意杀人罪的规定，从重处罚。区别本罪与伤害罪的界限时应注意：(1) 犯罪目的不同。本罪的行为人是以逼取犯罪嫌疑人、被告人口供为目的，故意伤害罪的行为人是以损害他人身体健康为目的，这是两者最本质的区别。(2) 犯罪条件不同。本罪是行为人在行使职权过程中实施的，而伤害罪一般不是在特定条件下实施的。(3) 侵害的对象不同。本罪侵害的对象是犯罪嫌疑人、被告人，而故意伤害罪侵害的对象可以是任何公民，不仅限于犯罪犯罪嫌疑人和被告人。(4) 主体不同。本罪的主体是特定的司法工作人员，即依法负有对犯罪嫌疑人、被告人进行审讯职责或协助进行审讯的司法工作人员；而伤害罪的主体没有任何限制。

（4）刑讯逼供罪与虐待被监管人罪的界限

两者在主体、主观方面故意、客观方面以及侵害的对象上都相近或相同，因此极易混淆，实践中必须严加区别。(1) 两者本质区别在于行为人的犯罪目的不同。本罪是以逼取口供为目的，体罚虐待被监管人罪是以压服被监管人或泄愤报复等为目的。(2) 两者侵犯的客体都是复杂客体，即公民的人身权利和司机机关的正常活动。但主要客体不同，本罪的主要客体是犯罪嫌疑人、被告人的人身权利，虐待被监管人罪的主要客体是司法机关的正常活动。(3) 两者的主体虽然是司法工作人员，但又有所不同。本罪的主体主要是有审讯犯罪嫌疑人、被告人职权的司法工作人员，即侦查人员、检察人员；而虐待被监管人罪的主体主要是有监管职权的劳动改造机关的工作人员。(4) 构成虐待被监管人罪的必须具备“情节严重”, 本罪则无此要求。

（5）刑讯逼供罪与非法拘禁罪的界限

刑讯逼供罪与非法拘禁罪的区别有：(1) 犯罪的对象不同。前者的对象为犯罪嫌疑人、被告人，后者的对象不受特别限制。(2) 客观行为表现不同。前者表现为使用肉刑或者变相肉刑逼取他人口供的行为，后者则表现为非法剥夺他人人身自由的行为。(3) 犯罪目的不同。前者以逼取口供为目的，后者则不要求以逼取口供为目的。(4) 犯罪主体不同。前者的主体为司法工作人员，后者主体则为一般主体。司法实践中应当注意，司法工作人员为刑讯逼供而非法剥夺犯罪嫌疑人、被告人人身自由的，应以刑讯逼供罪一罪对行为人定罪从重处罚，而不能对之实行数罪并罚。对于非司法工作人员将他人人身自由剥夺并采用肉刑或者变相肉刑逼取口供的，应视具体情况而认定行为人的犯罪性质。如果行为人在非法拘禁中未使用暴力致人伤残、死亡，以非法拘禁罪对其定罪处罚；如果使用暴力致人伤残、死亡的，应以故意伤害罪、故意杀人罪对行为人定罪处罚

4.处罚

第２４７ 条规定，犯刑讯逼供罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役。致人伤残、死亡的，分别依照我国第２３４条即故意伤害罪的规定，第２３２条即故意杀人罪的规定定罪，从重处罚。

（九）破坏选举罪

1.定义

破坏选举罪，是指违反选举法的规定，以暴力、威胁、欺骗、贿赂、伪造选举文件、虚报选举票数等非法

手段破坏选举或者妨害选民自由行使选举权和被选举权情节严重的行为。

2.特征

（1）主体是一般主体，可能是国家工作人员，也可能是普通群众，□可能是主持选举的干部，也可能是普通选民。当然，某些具体破坏行为，在实践中只有选举工作人员才能构成，如用虚报选举票数，有意虚假介绍候选人的方法破坏选举工作正常进行的，只有选举工作人员才可能实施。

（2）客体客体是公民的选举权利和国家的选举制度。选举权利包括选举权和被选举权。选举权利是公民基本的政治权利，是我国人民当家作主，行使国家权利的更要标志。选举制度是国家的重要制度，是国家民主政治的基本保护，任何侵犯公民选举权利的自自行使，破坏选举制度的行为，都是侵犯公民民主权利，损害国家的政治生活，必须依法惩处。

（3）主观方面是故意的心理态度，具有使选举不能正常进行或使选举失败的目的。过失不构成本罪，如由于过失而误计选票、介绍候选人情况失实等等。一般出于破坏选举或妨害选民、代表自由行使选举权利的目的。犯罪的动机是各种各样的，有的是出于给自己或自己亲友争取选票，有的是想阻止自己不满的候选人当选，也有的是对选举工作有意见等等。不同的动机，不影响定罪。

（4）客观方面表现为在选举各级人民代表大会和国家机关领导人员时，采用各种手段破坏选举或者妨害选民和代表自由行使选举权和被选举权，情节严重的行为。

1、必须具有破坏选举或者妨害选民和代表自由行使选举权和被选举权的行为所谓破坏选举，是指以各种方法扰乱、妨害整个选举活动包括选民登记、提出候选人、投票选举、补选、罢免等正常的进行。所谓妨害公民选民和代表自由行使选举权和被选举权，是指利用各种手段使得选民和代表不能按自己的意志自由地行使自己的选举和被选举的权利。如不准公民参加选举活动；逼迫、诱使选民或代表不选举某人或选举某人等。其中，选民是指直接参加选举活动，选举产生县级以下包括县、乡、填人民代表大会代表的所有具有选举权的公民。所谓代表，是指由选民直接选举产生的县级以下包括县、乡、镇等人民代表大会的代表以及由县级以上包括县级人民代表大会的代表间接选举产生的上一级人民代表大会代表。至于破坏选举或妨害选民和代表自由行使选举权和被选举权的方式则多种多样，既可以表现为积极的作为如以暴力妨害，又可以表现为消极的不作为如故意漏登选民名单。归纳起来，主要是：(1) 暴力手段，即对选民、代表及其工作人员采取殴打、捆绑等人身伤害的手段或者捣乱选举场所，砸毁选举设施进行破坏；(2) 威胁手段，即以暴力伤害、毁坏财产、揭露隐私、破坏名誉等相要挟，对选民、代表及有关工作人员实施精神强制进行破坏；(3) 欺骗手段，即虚构事实，散布、扩散各种谣言或隐瞒事实真相，以混淆视听进行干扰破坏；(4) 贿赂手段，即利用金钱、财物或者其他物质利益甚或女色勾引、收买选民、代表或有关工作人员以进行破坏；(5) 伪造选举文件，即伪造选民证、选票、候选人的情况资料、选举文件进行破坏；(6) 虚报选举票数，即对选民、代表的投票总数、赞成票数、反对票数、弃权票数等进行以少报多或以多报少的虚假报告进行破坏；(7) 其他手段，如撕毁选民名单、候选人情况；在选民名单、候选人名单、选票上涂写侮辱性词句；对与自己不同意见的选民、代表进行打击报复；等等。

2、破坏选举的行为必须是发生在选举各级人民代表大会和国家机关领导人员的活动中，即破坏的是各级权力机关的选举活动。如果不是发生在其中，而是在选举开始以前或者结束以后以及是在选举权力机关代表和国家机关领导人员以外的选举，如工会、共青团、妇联等社会团体的选举，各级党组织及其他民主党派的选举，企业、事业单位的领导人员的选举等，就不属于本罪的破坏选举。对之，构成犯罪的，应以他罪定罪，而不能以本罪论处。至于选举活动，则包括选民登记、提出候选人、投票选举、补选、罢免以及人民代表大会换届选举、补选的一切活动过程。

3、破坏选举的行为还必须属于情节严重才能构成本罪。仅有破坏行为，尚未达到情节严重，也不能以本罪论处。所谓情节严重 主要是指破坏选举手段恶劣、后果严重或者造成恶劣影响的等情况。破坏选举，具有下列情形之一的，应予立案：(1) 以暴力、胁迫或者欺骗、贿赂等非法手段强迫或不让选民投某人的票，或强行宣

布合法选举无效的；(2)伪造选举文件和选票，虚报选票数，或在选举进行中故意扰乱选举会场秩序，情节恶劣的；(3)在选举期间对控告、检举在选举中营私舞弊或违法乱纪行为的公民进行压制、打击报复，情节严重的。

3.认定

(1)破坏选举罪与一般破坏选举行为的界限

《全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法》第10章对破坏选举的制裁中规定：为保障选民和代表自由行使选举权和被选举权，对有下列违法行为的，应当依法给予行政处分或者刑事处分：(1)用暴力、威胁、欺骗、贿赂等非法手段破坏选举或者妨害选民和代表自由行使选举权和被选举权的；(2)伪造选举文件、虚报选举票数或者有其他违法行为的；(3)对于控告、检举选举中违法行为的人，或者对于提出要求罢免代表的人进行压制、报复的。上述违法行为，每一种都可以是犯罪行为。因此，应当根据事实、情节、后果、危害及行为人的主观恶性程度，区分罪与非罪的界限。对情节恶劣、严重的，以破坏选举罪论处。情节较轻的，可作为一般违法行为，给予行政处分。

(2)违反选举法的错误行为与破坏选举罪的界限

如有些地方为图省事不差额选举，或者不按时公布选民和候选人名单的，都不构成本罪。

(3)破坏选举罪和寻衅滋事罪的界限

主要区别是：1、两罪的主观方面不同。两罪都为故意犯罪，但行为人认知的内容不同。寻衅滋事罪的行为人明知自己的行为会发生破坏社会秩序的危害后果，而希望或者放任这种结果的发生。其目的往往是为了满足耍威风、取乐等不正常的精神刺激或其他不健康的心理需要。破坏选举罪则要求行为人明知自己的行为会妨害选举活动的进行及妨害选民和代表自由行使选举权和被选举权，而希望或放任这种结果的发生。其目的往往是出于个人政治上的野心或者是发泄个人的不满等。2、客观方面不同。根据本法的规定，寻衅滋事罪的客观方面有四种表现：其一，随意殴打他人，情节恶劣的；其二，追逐、拦截、辱骂他人，情节恶劣的；其二，强拿硬要或者任意毁损、占用公私财物，情节恶劣的；其四，在公共场所起哄闹事，造成公共场所秩序严重混乱的。其行为没有明确的时间要求。破坏选举则要求行为人的行为必须发生在选举各级人民代表大会代表和国家机关领导人员时。其客观方面的具体表现为行为人以暴力、威胁、欺骗、贿赂、伪造选举文件、虚报选举票数等手段破坏选举或者妨害选民和代表自由行使选举权和被选举权。可见，寻衅滋事罪的犯罪手段相对而言，较为单一，主要表现为暴力，破坏选举罪的犯罪手段则较为多样化。从犯罪对象上看，破坏选举罪侵犯的对象主要是选民和代表，寻衅滋事罪的侵犯对象则通常为不特定的人或者财物。3、侵犯的客体不同，寻衅滋事罪侵犯的客体是社会公共秩序，即人们遵守共同生产规则而形成的正常秩序。破坏选举罪侵犯的客体为公民的选举权和被选举权以及国家的选举制度。

(4)破坏选举罪与伪造国家机关公文、证件、印章罪的界限

行为人以伪造选举文件的手段破坏选举的行为，构成犯罪的，往往易与伪造国家机关公文、证件、印章罪混淆。本法第280条第1款规定了伪造国家机关公文、证件、印章罪，其和以伪造选举文件的手段破坏选举的主要区别是：1、主观方面不同。伪造国家机关公文、证件、印章罪的们为人主观方面表现为故意，但其犯罪的动机通常是为了取得某种利益，或者是为了赢利，有的则是为了实施其他犯罪活动作准备等。以伪造选举文件手段实施破坏选举罪的行为人则往往具有明确的破坏选举的目的。2、客观方面不同。伪造国家机关公文、证件、印章罪侵犯的对象为国家机关的公文、证件、印章。国家机关包括国家的权力机关、行政机关、司法机关、军事机关等。而以伪造选举文件手段破坏选举的行为人伪造的只限于选举文件，这些选举文件则是属于国家权力机关的公文，如各级人民代表大会主持选举工作机关制定、发布的关于选举工作的文件，不包括其它国家机关以及国家权力机关制定、发布的与选举工作无关的公文、证件等。3、侵犯的客体不同，伪造国家机关公文、证件、印章罪侵犯的客体是国家机关的公文、证件、印章的信誉以及国家机关对公文、证件、印章的管理活动。

以伪造选举文件的手段破坏选举的犯罪行为侵害的客体则是国家的选举制度及选民和代表的选举权和被选举权。

（5）破坏选举罪和妨害公务罪的界限

主要区别是：1、客观方面不同。以暴力、威胁的方法阻碍代表依法执行职务构成妨害公务罪，其中的代表职务，是指全国人民代表大会和地方各级人民代表大会组织法规定的人民代表在其所在各级人民代表大会中的职务。只要行为人以暴力、威胁方法阻碍人民代表行使其上述代表职务的，就构成妨害公务罪，并且没有情节严重的要件限制。以暴力、威胁的手段妨害代表自由行使选举权和被选举权构成破坏选举罪的仅限于在选举各级人民代表大会代表和国家机关领导人员时，侵害代表依法享有的选举权的情形，不包括对代表依法享有的其他职权的侵害。当然，从广义上看，侵害代表的选举权是妨害其公务行为的一种，这里存在着法条竞合的关系，相对于妨害代表执行公务的犯罪来说，妨害代表自由行使选举权和被选举权的破坏选举罪则属于特别法。2、从犯罪客体上看，妨害代表执行公务的犯罪侵犯的是各级人大代表依法享有的各种职权，同时也侵害了人民代表大会的根本制度。破坏选举罪中妨害代表自由行使选举权和被选举权的侵害客体仅限于代表的选举权和国家的选举制度。

4．处罚

第256条规定，犯破坏选举罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者剥夺政治权利。

（十）侮辱罪

1.定义

侮辱罪，是指使用暴力或者其他方法，公然贬低他人人格，破坏他人名誉、情节严重的行为。

2.特征

（1）主体是一般主体，凡达到刑事责任年龄且具有刑事责任能力的自然人均能构成本罪。国家机关、企事业单位、社会团体不构成本罪主体。对于以期刊杂志刊登侮辱、诽谤他人文章的，根据新闻出版署1988年11月24日发布的《期刊管理暂行条例》第5条、第36条规定，任何期刊凡违反本规定，刊登侮辱、诽谤他人的内容的，由新闻出版行政管理部门区别情节轻重，给予警告；罚款；没收非法收入；停止出售；没收或销毁违法期刊；定期停刊；停业整顿；撤销登记等行政处罚。

（2）客体是他人的人格尊严和名誉权。人格尊严权和名誉权是公民的基本人身权利。宪法第38条规定：“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。”所谓人格尊严，是指公民基于自己所处的社会环境、地位、声望、工作环境、家庭关系等各种客观条件而对自己或他人的人格价值和社会价值的认识和尊重。所谓名誉，是指公民在社会生活中所获得的名望声誉，是一个公民的品德、才干、信誉等在社会生活中所获得的社会评价。所谓名誉权，是指以名誉的维护和安全为内容的人格权。本罪的犯罪对象，只能是自然人，而非单位。侮辱法人以及其他团体、组织，不构成侮辱罪。在公众场合以焚烧、毁损、涂划、玷污、践踏等方式侮辱中华人民共和国国旗、国徽的，依照中华人民共和国国旗法和本法第299条之规定，应以侮辱国旗、国徽罪依法追究刑事责任。

（3）主观方面是故意，并且行为人具有贬低他人人格和名誉的目的。

（4）客观方面表现以暴力或其他方法公然贬损他人人格、破坏他人名誉，情节严重的行为。

侮辱他人的行为。行为的主要手段有：（1）暴力侮辱人身，这里所讲的暴力，仅指作为侮辱的手段而言。例如以粪便泼人，以墨涂人，强剪头发，强迫他人做有辱人格的动作等，而不是指殴打、伤害身体健康的暴力。如果行为人有伤害他人身体健康的故意和行为，则应以伤害罪论处。（2）采用言语进行侮辱，即用恶毒刻薄的语言对被害人进行嘲笑、辱骂，使其当众出丑，难以忍受，如口头散布被害人的生活隐私、生理缺陷等。（3）文字侮辱，即以大字报、小字报、图画、漫画、信件、书刊或者其他公开的文字等方式泄漏他人隐私，诋毁他人人格，破坏他人名誉。

侮辱行为必须公然进行。所谓“公然”侮辱，是指当着第三者甚至众人的面，或者利用可以使不特定人或多数人听到、看到的方式，对他人进行侮辱。公然并不一定要求被害人在场。如果仅仅面对着被害人进行侮辱，没有第三者在场，也不可能被第三者知悉，则不构成侮辱罪。因为只有第三者在场，才能使被害人的外部名誉受到破坏。

侮辱对象必须是特定的人。特定的人既可以是一人，也可以是数人，但必须是具体的，可以确认的。在大庭广众之中进行无特定对象的谩骂，不构成侮辱罪。死者不能成为本罪的侮辱对象，但如果行为人表面上侮辱死者，实际上是侮辱死者家属的，则应认定为侮辱罪。

公然侮辱他人的行为还必须达到情节严重的程度才能构成本罪。虽有公然侮辱他人的行为，但不属于情节严重，只属于一般的民事侵权行为。所谓情节严重，主要是指手段恶劣，后果严重等情形，如强令被害人当众爬过自己的跨下；当众撕光被害人衣服；给被害人抹黑脸、挂破鞋、带绿帽强拉游街示众；当众胁迫被害人吞食或向其身上泼洒粪便等污秽之物；当从胁迫被害人与尸体进行接吻、手淫等猥亵行为；因公然侮辱他人致其精神失常或者自杀身亡；多次侮辱他人，使其人格、名誉受到极大损害；对执行公务的人员、妇女甚至外宾进行侮辱，造成恶劣的影响；等等。

3.认定

（1）合法行为与侮辱行为的界限

要划清正当的舆论监督与文字侮辱的界限；划清正当的文字创作与贬损人格、破坏名誉的界限；划清当事人所在单位依职权对个人的政绩、品德等所作的考核、评价、审查行为与侮辱的行为界限；划清通过正当、合法的渠道向有关部门反映、举报、揭发不道德行为、违法行为直到犯罪行为与侮辱行为的界限；划清出于善意的批评，包括对国家工作人员和各级领导批评行为，同恶意的侮辱行为的界限，等等。

（2）民事侵权侮辱行为与侮辱罪的界限

主要区别是：(1) 行为的严重程度不同。构成侮辱罪的必须是“情节严重”的行为；民事侵权的侮辱行为，按照最高人民法院《关于贯彻执行（中华人民共和国民法通则）若干问题的意见（试行）》第 140 条第 1 款规定，仅限于“造成一定影响”的侮辱行为。(2) 行为的对象不同。侮辱罪的对象只能是自然人；而民事侵权侮辱行为的对象可能为法人。《民法通则》第 101 条规定“法人享有名誉权”：“禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。”最高人民法院《关于贯彻执行（民法通则，若干问题的意见试行）》第 140 条第 2 款规定：“以书面、口头形式诋毁、诽谤他人名誉，给法人造成损害的，应当认定为侵害他人名誉权的行为。”侮辱法人的名誉可以构成民事侵权行为，而不构成侮辱罪。(3) 对行为人主观过错的要求不同。侮辱罪的行为人主观上必须是直接故意：而民事侮辱侵权的行为人主观上有故意，也有过失。即民事侵权行为人只要有过错，并在客观上造成了对他人人格、名誉的损害，就应承担名誉侵权的法律责任。

（3）一般侮辱违法行为与侮辱罪的界限

侮辱他人的行为，只有达到情节严重的，才以犯罪论处。一般侮辱行为，情节轻微的，不以犯罪论处。《中华人民共和国治安管理处罚条例》第 2？条规定，对公然侮辱他人，尚不够刑事处罚的，处 15 日以下拘留、二百元以下罚款或者警告。

（4）侮辱罪与强制猥亵、侮辱妇女罪的界限

当行为人采用公然强行扒妇女的衣服、对妇女身体进行某些动作性猥亵、侮辱时，对行为人是定侮辱罪还是强制猥亵、侮辱妇女罪，容易发生混淆。区别两者的关键，在于行为人的主观目的和动机。侮辱罪中的侮辱妇女，行为人目的在于败坏妇女的名誉，贬低其人格，动机多出于私愤报复、发泄不满，这一点与侮辱其他人（男性）、其他侮辱行为（如以大字报进行侮辱）没有什么区别；而猥亵、侮辱妇女行为，行为人目的在于寻求下流无耻的精神刺激，满足行为人的畸形性欲。另外，侮辱妇女罪在有些场合，行为人侮辱的对象即妇女具有不特定性，而侮辱罪的对象只能是特定的。

（5）侮辱罪中一罪与数罪的界限

侮辱罪可以以暴力方法实施。这里的暴力仅仅是指行为人为使他人人格尊严及名誉受到损害而采取的强制手段，不包括对被害人的故意杀伤行为。如果行为人在侮辱他人过程中故意伤害被害人甚至杀害被害人的，应以故意伤害罪或故意杀人罪对行为人定罪处罚，不应对行为人以侮辱罪和故意伤害罪、故意杀人罪实际数罪并罚。但如果是行为人在侮辱他人过程中，第三人予以阻止，行为人为排除阻碍而将第三人伤害或杀害的，则应对行为人实行数罪并罚。

4．处罚

第246条规定，犯侮辱罪的，处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。本条同时规定，犯侮辱罪“告诉的才处理，但是严重危害社会秩序和国家利益的除外，"告诉才处理", 根据本法第 38 条的规定，是指被害人告诉才处理。如果被害人因受强制、威吓无法告诉的，人民检察院和被害人的近亲属也可以告诉。本法之所以侮辱罪要告诉才处理，是考虑到侮辱行为大都发生在家庭成员、邻居、同事之间或日常生活之中，属于人民内部矛盾问题，且社会危害性不是很大，多数场合下可以通过调解等缓和力式来解决。此外，被害人可能不愿意让更多的人知道自己受到侮辱的事实，如果违反被害人的意志而提起诉讼，采用刑事制裁的方法解决反会产生相反的效果。需要指出：“告诉才处理”, 并不是说不告诉不构成犯罪，而是说不告诉对这种犯罪就不提起诉讼。

严重危害社会秩序，是指侮辱行为引起了被害人精神失常甚至自杀身亡等后果，被害人无法告诉或失去告诉能力的情况。“危害国家利益”, 是指侮辱国家领导人、外国元首、外交使节等特定对象，既损害被害人个体的名誉，又危害到国家利益的情况。

（十一）诽谤罪

1.定义

诽谤罪，是指捏造并散布某种虚构的事实，损害他人人格和名誉，情节严重的行为。

2.特征

（1）主体是自然人一般主体。

（2）客体是他人人格和名誉。

（3）主观方面是故意的心理态度，并且具有损害他人人格、名誉的目的。如果不是故意，而是在无意贬损他人人格、名誉的心境下，道听途说，以讹传讹，或者传播真实的事实，尽管在客观上也贬损了他人的人格和名誉，也不构成诽谤罪。

（4）客观方面表现为行为人实施捏造并散布某种虚构的事实，足以贬损他人人格、名誉，情节严重的行为。

（1）须有捏造某种事实的行为，即诽谤他人的内容完全是虚构的。如果散布的不是凭空捏造的，而是客观存在的事实，即使有损于他人的人格、名誉，也不构成本罪。

（2）须有散布捏造事实的行为。所谓散布，就是在社会公开的扩散。散布的方式基本上有两种：一种是言语散布；另一种是文字，即用大字报、小字报、图画、报刊、图书、书信等方法散布。所谓“足以贬损”, 是指捏造并散布的虚假事实，完全可能贬损他人的人格、名誉，或者事实上已经给被害人的人格、名誉造成了实际损害。如果散布虚假的事实，但并不可能损害他人的人格、名誉，或无损于他人的人格、名誉，则不构成诽谤罪。

（3）诽谤行为必须是针对特定的人进行的，但不一定要指名道姓，只要从诽谤的内容上知道被害人是谁，就可以构成诽谤罪。如果行为人散布的事实没有特定的对象，不可能贬损某人的人格、名誉，就不能以诽谤罪论处。

（4）捏造事实诽谤他人的行为必须属于情节严重的才能构成本罪。虽有捏造事实诽谤他人的行为，但没有达到情节严重的程度，则不能以本罪论处。所谓情节严重，主要是指多次捏造事实诽谤他人的；捏造事实造成他人人格、名誉严重损害的；捏造事实诽谤他人造成恶劣影响的；诽谤他人致其精神失常或导致被害人自杀的

等等情况。

3.认定

（1）诽谤罪与非罪的界限

构成诽谤罪的诽谤行为，必须是情节严重的，而违反治安行政法规的诽谤行为，必须局限于尚不够刑事处罚的。民事性质的名誉侵权行为，不仅在违法程度上轻于诽谤犯罪行为以及违反治安行政法规的诽谤行为，而且还具有以下不同：(1) 诽谤罪散布的必须是捏造的虚假的事实。如果散布的是客观存在的事实，虽然有损于他人人格、名誉，但不构成诽谤罪。而名誉侵权行为，即使所述的内容是真实的，但只要是法律禁止公开宣扬的，公开了将有损于他人人格、名誉，也可以构成名誉侵权。甚至叙述的事实愈真实，愈会加重侵权的程度。比如，为毁损他人名誉而揭人隐私，越揭得逼真，其侵权性质越为恶劣。根据最高人民法院《关于贯彻执行(中华人民共和国民法通则)若干问题的意见(试行)》第140条规定，泄露并宣扬他人隐私，给他人名誉造成不良影响的，是侵害名誉权的行为，不构成诽谤罪。(2) 法人、团体、组织不能成为诽谤罪的犯罪对象。而在名誉侵权行为中，法人、团体、组织可以成为受害者。如：散布虚假消息，诬说某工厂的产品质量如何低劣等，目的是以不正当的竞争手段搞垮对方。这种行为即使造成了严重后果，只能构成损害商业信誉，商品声誉罪，而不构成诽谤罪。(3) 主观过错要求不同。诽谤犯罪行为的主观方面必须是直接故意；而名誉侵权的主观过错包括过失行为。此外，即使善意的检举、揭发、批评中有不实成分的，也不应以诽谤罪论处。

（2）诽谤罪与侮辱罪的界限

主要区别是：(1) 实施手段不同。诽谤罪只能用口头或文字方式进行，不能使用暴力手段；而侮辱罪可以用口头、文字、暴力诸手段。(2) 实施方式不同。诽谤罪是捏造事实并公然散布，以损害他人的人格和名誉；侮辱罪，不论用以贬低他人人格和名誉的事实是否捏造，只要公然侮辱即可构成。(3) 对被害人进行侵犯的场合不同，诽谤可以当众或当第三者散布，也可以当被害人的面进行；侮辱罪则往往当着被害人的面进行。

4.处罚

第246条规定，犯诽谤罪的处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。除了严重危害社会秩序和国家利益的以外，被害人告诉的才处理。所谓“告诉的才处理”，是指犯诽谤罪，被害人告发的，法院才受理，否则不受理。“严重危害社会秩序和国家利益的除外”，例如，因诽谤引起被害人死亡的；引起当地群众公愤的；诽谤外国人影响国际关系的，等等，如果受害人不告诉或不能告诉，人民检察院应提起公诉。

（十二）重婚罪

1.定义

重婚罪，是指有配偶而重婚的，或明知他人有配偶而与之结婚的行为。

2.特征

（1）主体是已经有配偶的人，或本人虽无配偶，但明知对方有配偶而与之结婚者。

（2）客体是一夫一妻的婚姻制度。重婚违反一夫一妻制的原则，破坏幸福的家庭生活，给子女的心灵带来创伤，对社会的安定带来危害，因此，必须予以刑事处罚。

（3）主观方面只能是故意，过失不构成本罪。例如，一方因受骗不知对方已有配偶与之结婚的，受骗一方不构成重婚罪，只追究隐瞒真相一方的刑事责任。

重婚的动机很复杂，有的出于喜新厌旧，玩弄女性，有的出于贪图享乐，有的为生儿育女，传宗接代，等等。无论出于何种动机均不影响本罪的构成。

（4）客观方面表现为行为人必须具有重婚的行为。即有配偶的人又与他人结婚的，或者明知他人有配偶而与之结婚的，就构成重婚罪。

所谓有配偶，是指男人有妻、女人有夫，而且这种夫妻关系未经法律程序解除尚在存续的，即为有配偶的人；如果夫妻关系已经解除，或者因配偶一方死亡夫妻关系自然消失，即不再是有配偶的人。所谓又与他人结

婚，包括骗取合法手续登记结婚的和虽未经婚姻登记手续但以夫妻关系共同生活的事实婚姻。所谓明知他人有配偶而与之结婚的，是指本人虽无配偶，但明知对方有配偶，而故意与之结婚的（包括登记'结婚或者事实婚）。此种行为是有意破坏他人婚姻的行为。

由于我国对事实婚采取的是限制承认主义，即有条件地承认事实婚的法律效力，所以只有事实婚具有法律效力时，才能成立事实重婚罪。1986 年 11 月 21 口最高人甩法院颁布的《关于审理未办结婚登记以夫妻名义同居生活案件的若干意见》规定：第一，1986 年 3 月 15 日《婚姻登记办法》施行以前，未办结婚登记即以夫妻关系同居生活，群众也认为是夫妻关系的，一方向人民法院起诉"离婚"，如起诉时双方均符合结婚的法定条件，可认定为事实婚姻关系；如起诉时一方或双方不符合结婚的法定条件，可认定为非法同居关系。第二，1986 年 3 月 15 日《结婚登记办法》施行以后，未办结婚登记即以夫妻名义同居生活，群众也认为是夫妻关系的，一方向人民法院起诉离婚，如同居双方均符合结婚的法定条件，可认定为事实婚姻关系；如同居的一方或双方不符合结婚的法定条件，应认定为非法同居关系。第三，自民政部新的婚姻登记管理条例施行之日起，未办结婚登记即以夫妻名义同居生活按非法同居关系对待。现在民政部新的婚姻登记管理条例已经公布施行，由于最高人民法院的司法解释以时间为界限对事实婚的法律效力采取了限制承认主义。因此，《婚姻登记管理条例》施行后，所有的事实婚都将被认定为非法同居关系，不存在"重婚"的问题。据此，事实婚只有被承认有法律效力时，才被确认为一种婚姻关系，也才谈得上与其它婚姻关系的重合，从而构成重婚罪。若事实婚不具有法律效力而被认定为非法同居关系，则当事人所谓的"夫妻关系"不但得不到法律的确认，反而会受到法律的制裁，因而所谓"重婚"也就无从谈起了。

事实上，根据司法实践经验，重婚行为主要有以下几种类型：

1、与配偶登记结婚，与他人又登记结婚而重婚，也即两个法律婚的重婚。有配偶的人又与他人登记结婚，有重婚者欺骗婚姻登记机关而领取结婚证的，也有重婚者和登记机关工作人员互相串通作弊领取结婚证的。

2、与原配偶登记结婚，与他人没有登记确以夫妻关系同居生活而重婚，此即为先法律婚后事实婚型。

3、与配偶和他人都未登记结婚，但与配偶和他人曾先后或同时以夫妻关系同居而重婚，此即两个事实婚的重婚。

4、与原配偶未登记而确以夫妻关系共同生活，后又与他人登结婚而重婚，此即先事实婚后法律婚型。

5、没有配偶，但明知对方有配偶而与已登记结婚或以夫妻关系同居而重婚。

3.认定

（1）重婚罪与非罪的界限

重婚是封建主义婚姻制度的产物，是剥削阶级腐化享乐思想在婚姻关系上的表现。在社会主义社会里，重婚是不允许的。但是，在市场经济体制建立与逐步健全的今天，重婚观念很严重。所谓"大款"养"二奶"已非常普遍。重婚是一个非常复杂的现象，在处理重婚案件时，罪与非罪的界限往往难以区分。我们认为，应从以下几个方面来区分重婚罪与非罪的界限。

1、要区分重婚罪与有配偶的妇女被拐卖而重婚的界限。近几年来，拐骗、贩卖妇女的犯罪相当严重。有的妇女已经结婚，但被犯罪分子拐骗、贩卖后被迫与他人结婚，在这种情况下，被拐卖的妇女在客观上尽管有重婚行为，但其主观上并无重婚的故意，与他人重婚是违背其意愿的、是他人欺骗或强迫的结果。

2、要区分重婚罪与临时姘居的界限。姘居，是指男女双方未经结婚而临时在一起以夫妻名义共同生活，不构成重婚罪。最高人民法院 1958 年 1 月 27 日在《关于如何认定重婚行为问题的批复》中指出："如两人虽然同居，但明显只是临时姘居关系，彼此以"姘头"相对待，随时可以自由撒散，或者在约定时期届满后即结束姘居关系的，则只能认为是单纯非法同居，不能认为是重婚。"

3、从情节是否严重来区分罪与非罪的界限。在实践中，重婚行为的情节和危害有轻重大小之分。根据本法第 13 条的规定，"情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。"所以，有重婚行为，并不一定就构成重婚罪。只有

情节较为严重，危害较大的重婚行为，才构成犯罪。根据立法精神和实践经验，下面两种重婚行为不构成重婚罪：（1）夫妻一方因不堪虐待外逃而重婚的。实践中，由于封建思想或者家庭矛盾等因素的影响，夫妻间虐待的现象时有发生。如果一方，尤其是妇女，因不堪虐待而外逃后，在外地又与他人结婚，由于这种重婚行为的动机是为了摆脱虐待，社会危害性明显较小，所以不宜以重婚罪论处。（2）因遭受灾害外逃而与他人重婚的。因遭受灾害在原籍无法生活而外流谋生的。一方知道对方还健在，有的甚至是双方一同外流谋生，但迫于生计，而不得不在原夫妻关系存在的情况下又与他人结婚。这种重婚行为尽管有重婚故意，但其社会危害性不大，也不宜以重婚罪论处。

（2）本罪与强奸罪的界限

在实践中，有的男人本来就有妻子，但却利用某种关系，采用暴力、胁迫等手段，长期与其他女性过性生活，对外也毫不顾忌，以夫妻关系自居，而女方却由于各种原因不得不屈从。对于这类案件，应按强奸罪论处，不应定重婚罪。区分重婚罪与强奸罪的界限应从以下两方面进行分析：1、客体要件不同。重婚罪侵犯的客体是一夫一妻制的婚姻关系。而强奸罪侵犯的客体是妇女性的不可侵犯的权利。2、犯罪客观方面不同。重婚罪在客观上表现为两种情况：一是以弄虚作假的手段非法骗取登记结婚。即自己有配偶而又与别人结婚，或者明知他人有配偶而与之结婚的行为。二是凡符合重婚罪主体、主观要件的人，尽管没有进行结婚登记，但公开以夫妻关系长期共同生活在一起，这里既包括经济生活，也包括性生活，在他们之间形成了事实上的婚姻关系。强奸罪在客观方面表现为违背妇女意志，使用暴力、胁迫或者其他手段，强行与之发生性交的行为。（1）注意与通奸行为加以区别。重婚与通奸是两类不同性质的问题。通奸是双方或一方已有配偶的男女，自愿发生不正当的两性关系，是不道德的行为，我国刑法对此行为未规定为犯罪，因此要与重婚罪加以区别。（2）注意因自然灾害外流谋生而重婚的；或因婚后受虐待而外逃后再婚的；或被拐骗而被贩卖再婚的，均不宜以重婚罪论处。（3）对于主动解除或经劝说、批评教育后解除非法婚姻关系的，可以认为不构成重婚罪。（4）因配偶长期外出下落不明，造成家庭生活严重困难，又与他人结婚的，不以重婚罪论处。

4.处罚

第 258 条规定，犯重婚罪的，处 2 年以下有期徒刑或者拘役。对犯重婚罪的犯罪分子，应宣告解除由于重婚而形成的非法婚姻关系。

（十三）虐待罪

1.定义

虐待罪，是指对共同生活的家庭成员经常以打骂、捆绑、冻饿、有病不给医治、强迫超体力劳作、限制自由等方式，从肉体或精神上摧残、折磨，情节恶劣的行为。

2.特征

（1）主体是共同生活的家庭成员，彼此之间存在相互扶养的义务。如夫妻、父母、子女、兄弟、姐妹等，也可包括承担扶养义务共同生活的亲友。不是家庭成员之间的虐待，不构成本罪。

（2）客体客体是家庭成员在家庭中的合法权益，主要是家庭成员之间的平等权利。由于虐待行为所采取的方法，也侵犯了受害者的人身权利，因此，本罪侵犯的客体是复杂客体。

本罪侵犯的对象只能是共同生活的家庭成员，根据我国有关法律的规定，家庭成员主要由以下四部分成员构成：1、由婚姻关系的形成而出现的最初的家庭成员，即丈夫和妻子。夫妻关系是一种拟制血亲关系，是最初的家庭关系，它是父母与子女间的关系产生的前提和基础。至于继父母与继子女间的关系，如果形成一种收养关系，则就成为家庭关系，它实质既为因收养关系而发生在家庭关系，也为因婚姻而发生的家庭关系。2、由血缘关系而引起的家庭成员，这是由于血亲关系而产生的家庭成员，包括两类：其一，由直系血亲关系而联系起来的父母、子女、孙子女、曾孙子女以及祖父母、曾祖父母、外祖父母等等，他们之间不因成家立业，及经济上的分开而解除家庭成员的法律地位；其二，由旁系血亲而联系起来的兄、弟、姐、妹、叔、伯姑、姨、舅等

家庭成员，但是，他们之间随着成家立业且与原家庭经济上的分开，而丧失原家庭成员的法律地位。这里例外的是，原由旁系血亲抚养的，如原由兄姐抚养之弟妹，不因结婚而丧失原家庭成员的资格。3、由收养关系而发生的家庭成员，即养父母与养子女之间，这是一种拟制血亲关系。4、在现实生活中，还经常出现一种既区别于收养关系、血亲关系，又区别于婚姻关系而发生的家庭成员之间的关系。如某甲是位孤寡老人，生活无着落，乙丙夫妇见状而将甲领回去，自愿试行一种决非法律意义上的赡养义务。一经同意赡养，甲就成了乙丙家的一个家庭成员。

只有基于上述血缘关系、婚姻关系、收养关系等方面取得家庭成员的身份，方能成为虐待罪之侵害对象，这也是此种犯罪行为本身的性质所决定的。

（3）主观方面是故意，即犯罪分子故意对被害人进行肉体或精神上的折磨和摧残。虐待的动机多种多样，不论出于何种动机，均不影响本罪的成立。

（4）客观方面表现为经常虐待家庭成员的行为。

1、要有对被害人肉体和精神进行摧残、折磨、迫害的行为。这种行为，就方式而言，既包括积极的作为，如殴打、捆绑、禁闭、讽刺、谩骂、侮辱、限制自由、强迫超负荷劳动等，又包括消极的不作为，如有病不给治疗、不给吃饱饭、不给穿暖衣等，但构成本罪，不可能是纯粹的不作为。单纯的不给饭吃、不给衣穿或有病不给治疗，构成犯罪应是遗弃罪。就内容前言，既包括肉体的摧残，如冻饿、禁闭、有病不给治疗等，又包括精神上的迫害，如讽刺、谩骂、凌辱人格、限制自由等，不论其内容如何，也不论具方式怎样，是交替穿插进行，还是单独连续进行，都不影响本罪成立。

2、行为必须具有经常性、一贯性。这是构成本罪虐待行为的一个必要特征。偶尔的打骂、冻饿、赶出家门，不能认定为虐待行为。

3、虐待行为必须是情节恶劣的，才构成犯罪。所渭“情节恶劣”，指虐待动机卑鄙、手段残酷、持续时间较长、屡教不改的、被害人是年幼、年老、病残者、孕妇、产妇等。对于一般家庭纠纷的打骂或者曾有虐待行为，但情节轻微，后果不严重，不构成虐待罪。有的父母教育子女方法简单、粗暴，有时甚至打骂、体罚，这种行为是错误的，应当批评教育。只要不是有意对被害人在肉体上和精神上进行摧残和折磨，不应以虐待罪论处。

3.认定

（1）本罪与非罪的界限根据立法规定和实践经验，可以从以下几个方面区分虐待罪与非罪的界限：

1、从情节是否恶劣来区分罪与非罪的界限。情节是否恶劣是区分罪与非罪的主要标志。根据本条规定，虐待家庭成员，只有情节恶劣的，才构成犯罪。虐待行为一般，情节较轻的，如一、两次的打骂，偶尔的不给饭吃、禁闭等，不应作为虐待罪论处。

虐待情节是否恶劣，应当根据以下几个方面来认定：

（1）虐待行为持续的时间。虐待时间的长短，在相当程度上决定对被害人身心损害的大小。虐待持续的时间长，比如几个月、几年，往往会造成被害人的身心受到较为严重的损害。相反，因家庭琐事出于一时气愤而对家庭成员实施了短时间的虐待行为，一般也不会造成什么严重后果。

（2）虐待行为的次数。虐待时间虽然不长，但行为次数频繁的，也容易使被害人的身心遭受难以忍受的痛苦，极易出现严重后果。例如，有的丈夫在妻子生女婴后的一个月内，先后毒打妻子 10 余次；有的儿女对因卧床不起的老人一次又一次地不给饭吃，一个月内就达 20 余次，等等。

（3）虐待的手段。实践中，有的虐待手段十分残忍，例如，丈夫在冬天把妻子的衣服扒光推出门外受冻；丈夫用烙铁、烟头等烫妻子的阴部、乳房；儿女惨无人道地毒打年迈的父母等。使用这些残忍手段，极易造成被害人伤残和死亡，应以情节恶劣论处。至于打耳光、拧耳朵等虐待行为，便不能认为是手段残忍，一般不能认定为情节恶劣。

（4）虐待的后果是否严重。虐待行为一般都会程度不同地给被害人造成精神上、肉体上的痛苦和损害，其

中有的后果严重，例如，由于虐待行为人使被害人患了精神分裂症、妇科病或者其他病症；虐待行为致使被害人身体瘫痪、肢体伤残；将被害人虐待致死；被害人因不堪虐待而自杀等等。凡发生了上述严重后果的，都应以情节恶劣论处，当然，判断是否“情节恶劣”, 可以根据上述诸方面进行综合分析，也可以根据其中的一个方面加以分析认定，2、从犯罪的对象来区分罪与非罪的界限。虐待罪是发生在家庭成员间的犯罪，行为人与被害人之间存在一定的亲属关系和扶养关系，如夫妻、父子、兄弟姐妹等。虐待非家庭成员的，不构成虐待罪 （但如果因虐待行为直接给被害人造成严重后果，社会危害严重，构成其他犯罪的，可以按其他犯罪论处）。

（2）虐待罪与故意杀人罪的界限

虐待行为的手段，有时与故意杀人的手段十分相似，并且，虐待行为有时在客观上也可能造成被害人死亡的后果。所以，虐待罪与故意杀人罪的界限较容易混淆。我们认为，司法实践中难以认定某一行为是构成虐待罪还是故意杀人罪时，应当从主观故意上区分二者的界限，虐待罪的主观方面是故意对被害人进行肉体上和精神上的摧残和折磨；故意杀人罪的主观方面是故意剥夺他人的生命。

（3）虐待罪与故意伤害罪的界限

虐待行为往往会造成被害人身体伤害的后果。所以，虐待罪容易与故意伤害罪混淆。在司法实践中，也应当主要从主观故意上区别虐待罪与故意伤害罪的界限。如果行为人出于对被害人进行肉体上和精神上摧残和折磨的故意，在实施虐待行为过程中，造成被害人轻伤或者重伤的，其行为构成虐待罪，不构成故意伤害罪；如果行为人在主观上具有伤害他人身体健康的故意，并且在客观上实施了伤害他人的行为，则其行为构成故意伤害罪，不构成虐待罪。

（4）犯虐待罪的，告诉的才处理

所谓告诉的才处理，是指被害人要向人民法院提出控告，人民法院才处理，不告诉不处理。本条这一规定，主要是考虑到虐待案件发生在家庭成员之间，被虐待者不希望亲属关系破裂，更不希望诉诸司法机关对虐待者定罪量刑。因此要充分考虑被虐待者的意思。如果被虐待者不控告，司法机关就不要主动干预，这样有利于社会的安定团结。但根据本法第 98 条之规定，如果被虐待者受强制、威吓等而无法向人民民院起诉的，人民检察院可以提起公诉。被虐待者的其他近亲属也可以控告，有关单位和组织也可以向人民检察院检举揭发干涉，由人民检察院查实后提起公诉。犯本罪，致被害人重伤、死亡的，不适用“告诉的才处理”的规定。

4．处罚

第２６０条规定，犯虐待罪的，处 2 年以下有期徒刑、拘役或管制；如果引起被害人重伤、死亡的，处 2 年以上 7 年以下有期徒刑。所谓引起被害人重伤、死亡，既包括虐待行为直接造成的伤亡，也包括被害人因不堪虐待而自杀造成的伤亡。第 260 条规定，犯第 1 款罪，告诉才处理。如果虐待行为已符合第 2 款的规定，引起被害人重伤或死亡的，就不再是自诉案件的范围，应由公安或检察机关主动追究。

（十四）非法拘禁罪

1.定义

非法拘禁罪，是指以拘留、禁闭或者其他强制方法，非法剥夺他人人身自由的行为。

2.特征

①主体是自然人一般主体。既可以是国家工作人员，也可以是一般公民。从实际发生的案件来看，多为掌握一定职权的国家工作人员或基层农村干部。另外，这类案件往往涉及的人员较多。有的是经干部会议集体讨论决定的；有的是经上级领导同意或默许的；有的是直接策划、指挥者，有的是动手捆绑、奉命看守者。因此，处理时要注意，依法应当追究刑事责任的，只是其中的直接责任者和出于陷害、报复和其他卑鄙动机的人员。对其他人员应实行区别对待，一般不追究刑事责任。

②客体客体是他人的身体自由权 ,所谓身体自由权 ,是指以身体的动静举止不受非法干预为内容的人格权，亦即在法律范围内按照自己的意志决定自己身体行动的自由权利，公民的身体自由，是公民正常工作、生产、

生活和学习的保证，失去身体自由，就失去了从事一切正常活动的可能。我国宪法第 37 条规定：“中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。任何公民，非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定，并由公安机关执行，不受逮捕，禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由。”因此，非法拘禁是一种严重剥夺公民身体自由的行为。

本罪侵害的对象，是依法享有人身权利的任何自然人。身体自由权作为一种人格权，是组成民事权利体系之一的人身权的重要组成部分，民事权利的享有基于民事权利能力。凡具有民事权利能力之自然人均依法享受包括身体自由权在内的民事权利。民事权利能力是法律赋予民事主体从事民事活动，享受民事权利和承担民事义务的资格，始于出生，终于死亡，自然人的民事权利能力一律平等。因此本罪侵害的对象，包括一切自然人（即基于自然规律而出生的人）。即包括无辜公民、犯错误的人、有一般违法行为的人和犯罪嫌疑人。有一种观点认为，非法拘禁罪中的“他人”，只是指有按照自己的意志支配自己的活动能力的人，包括潜在的有意志活动能力的人在内，如幼儿、醉酒者和熟睡中的人。但不应包括完全没有按照自己的意志支配自己的活动能力的人，如婴儿、严重的精神病患者。

（3）主观方面是故意。，并以剥夺他人人身自由为目的。“聚众”，一般是指聚集二人以上。过失不构成本罪。非法拘禁他人的动机是多种多样的。有的因法制观点差，把非法拘禁视为合法行为；有的出于泄愤报复，打击迫害；有的是不调查研究，主观武断、逼取口供；有的是闹特权、耍威风；有的是滥用职权、以势压人；也有的是居心不良，另有所图。不管出于什么动机，只要具有非法剥夺他人人身自由的目的，故意实施了非法拘禁他人，即构成本罪，如果非法剥夺他人身自由是为了其他犯罪目的，其他犯罪比非法拘禁罪处罚更重的，应以其他罪论处。

（4）客观方面表现为非法剥夺他人身体自由的行为。

这里的“他人”没有限制，既可以是守法公民，也可以是犯有错误或有一般违法行为的人，还可以是犯罪嫌疑人。行为的特征是非法拘禁他人或者以其他方法非法剥夺他人的身体自由。凡符合这一特征的均应认定为非法剥夺人身自由罪，如非法逮捕、拘留、监禁、扣押、绑架，办封闭式“学习班”、“隔离审查”等等均是非法剥夺人身自由。概括起来分为两类：一类是直接拘束人的身体，剥夺其身体活动自由，如捆绑；另一类是间接拘束人的身体，剥夺其身体活动自曲，即将他人监禁于一定场所，使其不能或明显难以离开、逃出。剥夺人身自由的方法既可以是有形的，也可以是无形的。例如，将妇女洗澡时的换洗衣服拿走，使其基于羞耻心无法走出浴室的行为，就是无形的方法。此外，无论是以暴力、胁迫方法拘禁他人，还是以欺诈方法拘禁他人，均不影响本罪的成立。

非法剥夺人身自由是一种持续行为，即该行为在一定时间内处于继续状态，使他人在一定时间内失去身体自由，不具有间断性。时间持续的长短不影响本罪的成立，只影响量刑。但时间过短、瞬间性的剥夺人身自由的行为，则难以认定成立本罪。

剥夺人身自由的行为必须是非法的。司法机关根据法律规定，对于有犯罪事实和重大嫌疑的人采取拘留、逮捕等限制人身自由的强制措施的行为，不成立本罪。但发现不应拘捕时，借故不予释放，继续羁押的，则应认为是非法剥夺人身自由。对于正在实行犯罪或犯罪后及时被发觉的、通缉在案的、越狱逃跑的、正在被追捕的人，群众依法扭送至司法机关的，是一种权利，而不是非法剥夺人身自由。依法收容精神病患者的，也不是非法剥夺人身自由的行为。

3.认定

（1）非法拘禁罪与非罪的界限

1、划清一般非法拘禁行为与非法拘禁犯罪。非法拘禁行为，只有达到相当严重的程度，才构成犯罪。因此，应当根据情节轻重、危害大小、动机为私为公、拘禁时间长短等因素，综合分析，来确定非法拘禁行为的性质。《治安管理处罚条例》第 22 条规定：非法限制他人人身自由，尚不够刑事处罚的、处 15 日以下拘留，200 元

以下罚款或者警告。司法实践中，对具有下列情形之一的，应当作为犯罪处理：(1)国家工作人员滥用职权、非法拘禁无辜群众，造成恶劣影响的：(2)非法拘禁他人，并实施捆绑、殴打、侮辱等行为的；(3)多次大量非法拘禁他人，或非法拘禁多人，或非法拘禁时间较长的；(4)非法拘禁，致人重伤、死亡、精神失常或自杀的：(5)非法拘禁，造成其他严重后果的。

2、划清违法拘捕与非法拘禁罪的界限。两者的区别主要在于违法拘留、逮捕是违反拘留、逮捕法规的行为，一般是司法人员在依照法定职权和条件的情况决定、批准、执行拘捕时，违反法律规定约有关程序、手续和时限，并不具有非法拘禁的动机和目的。如：一般的超时限报捕、批捕；未及时办理、出示拘留、逮捕证；未依法及时通知犯罪嫌疑人家属或单位；未先办理延期手续而超期羁押人犯的等，都不构成非法拘禁罪。因各种客观因素造成错拘、错捕的，也不构成犯罪。

(2)非法拘禁罪与刑讯逼供罪的界限

两者都属于侵犯人身权利的犯罪，实践中往往互相牵连，容易混淆。主要区别是：1、主体要件不同。前者是一般主体，后者只能是国家工作人；2、犯罪对象不同。前者是一般公民，后者只能是被控有违法犯罪行为的犯罪嫌疑人；3、犯罪行为表现和目的不同。前者是以拘禁或者其他强制方法非法剥夺他人人身自由，后者是对犯罪嫌疑人使用肉刑或者变相肉刑逼取口供。如果两罪一起发生，互有关联的，一般应按牵连犯罪从一重罪处理。非国家工作人员有类似“刑讯逼供”等关押行为的，不定刑讯逼供罪，可以非法拘禁罪论处。

(3)一罪与数罪

1、非法拘禁罪与故意杀人罪、故意伤害罪、刑讯逼供罪及暴力取证罪的牵连、竞合

非法拘禁罪与故意杀人罪、故意伤害罪的牵连，通常表现为在非法拘禁过程中，行为人对被害人进行暴力加害，或者行为人用非法拘禁方法故意使被害人因冻饿等原因而死亡、受伤等。对于在非法拘禁中对被害人加害的情况，应当注意，本条第2款明确规定，非法拘禁“使用暴力致人伤残、死亡的”，依照故意伤害罪、故意杀人罪定罪处罚。因此，一方面对于这种情况只应按一重罪即故意伤害罪或故意杀人罪定罪处罚，另一方面，要注意其适用的条件：必须是在非法拘禁中“使用暴力”且“致人伤残、死亡”。这里的“伤残”不包括轻伤，而是指重伤，但不限于肢体残废的情形，而是包括各种对于人身健康有重大伤害的情形在内。至于上述后一种情况，即行为人目的即在于故意伤害、故意杀害被害人，只不过其方法采用了非法拘禁而已，自然应按牵连犯的处罚原则，从一重罪定罪处罚，即按故意伤害罪或故意杀人罪定罪处罚。非法拘禁罪与刑讯逼供罪、暴力取证罪形成牵连犯形态或想象竞合犯形态的情况，表现为司法工作人员非法将犯罪嫌疑人、被告人或证人拘禁，在此过程中又进行刑讯逼供或暴力逼取证言的行为。对于这种情形，应按刑讯逼供罪或暴力取证罪对行为人定罪处罚。当然，如果行为人在拘禁他人进行刑讯逼供、暴力逼取证言过程中致人伤残、死亡的，应以故意伤害罪、故意杀人罪定罪处罚。

2、非法拘禁罪与妨害公务罪的想象竞合

妨害公务罪，是指以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员依法执行职务、以暴力、威胁、方法阻碍全国人大和地方各级人大代表依法执行代表职务，或者在自然灾害和突发事件中，以暴力、威胁方法阻碍红十字会工作人员依法履行职责的行为。除故意阻碍国家安全机关、公安机关依法执行国家安全工作任务造成严重后果的行为构成妨害公务罪，不需要“暴力、威胁方法”外，暴力、威胁方法是其他妨害公务行为构成犯罪必备的行为方法条件。妨害公务罪中的暴力，一般是指对国家机关工作人员等特定人员的身体实行打击或强制，例如殴打、捆绑等。司法实践中，往往有以捆绑等非法拘禁的方法妨害公务的案件发生。这实际上是一行为同时触犯两个罪名，属于想象竞合犯，对此应择一重罪从重处罚。但是，本法对非法拘禁罪和妨害公务罪基本构成的法定刑设置基本相同，这就涉及到究竟应以哪个罪名对行为人定罪处罚的问题。我们认为，应以妨害公务罪定罪处罚，这样可以更好地反映行为的整体性质和本质特征。当然，如果在非法拘禁妨害公务中过失致人重伤或死亡的，应当依照非法拘禁罪定罪处罚，因为本条对非法拘禁致人重伤、死亡的规定了结果加重犯的法定刑（不过，如

是故意致人重伤、死亡，则对行为人应定故意伤害罪或故意杀人罪，不再以非法拘禁或妨害公务罪定性）。

3、非法拘禁罪与暴力干涉婚姻自由罪的想象竞合

暴力干涉婚姻自由罪与非法拘禁罪的竞合问题，在表现上也大致相同于妨害公务罪的情况，所不同的是，暴力干涉婚姻自由罪在我国刑法上规定为“告诉的才处理”，而非法拘禁罪却无此规定，这样，当两个罪名在特定情况下发生竞合关系时，应分不同情况予以分析：（1）如果以非法拘禁干涉他人婚姻自由，尚未造成严重后果，且被害人未向司法机关告发的，不宜追究被告人的刑事责任。由于本法规定了告诉才处理的原则，在处理暴力干涉婚姻自由罪与非法拘禁罪的想象竞合时，如果当事人未告诉，就不宜按通常的处理原则适用非法拘禁罪；如果当事人已告诉，则应按想象竞合犯处理，以非法拘禁罪论处。（2）如果以非法拘禁方法干涉他人婚姻自由，引起被害人死亡的，应以想象竞合犯的原则追究被告人的刑事责任。这是因为，本法第 257 条规矩，暴力干涉他人婚姻自由引起被害人死亡的，不在“告诉的才处理”之列。因此，出现这种情况的，应以想象竞合犯的原则处理。不过本条规定非法拘禁致人死亡的，处 10 年以上有期徒刑，本法第 257 条规定暴力干涉婚姻自由致人死亡的，法定刑为 2 年以上 7 年以下有期徒刑，二者相比较，前者为重，因此应适用非法拘禁罪的条款。但是，考虑到前者重得多，而且考虑到本法第 257 条的立法精神，在适用非法拘禁“致人死亡”的法定刑时，可适当取其轻者。（3）以非法拘禁方法干涉他人婚姻自由，致人重伤的，应视当事人是否告诉而分别处理：第一，当事人向司法机关告诉的，应按想象竞合犯的原则，以非法拘禁罪的基本构成的法定刑追究被告人的刑事责任，而不能以非法拘禁“致人重伤”的法定刑处理。这时因为本法第 257 条虽未指明暴力干涉婚姻自由致人重伤的应如何处理，但从该条第 2 款的规定看，只把“致使被害人死亡”这一情节作为加重构成，所以根据其立法原意，致人重伤的，也包括在本法第 257 条第 1 款即暴力干涉婚姻自由罪的基本构成中，属于“告诉的才处理”的范畴，第二，如果当事人未告诉的，就不应追究行为人的刑事责任。

4.处罚

根据刑法第 238 条第 1 款、第 2 款的规定，犯非法拘禁罪的，处 3 年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利，具有殴打、侮辱情节的，从重处罚。犯非法拘禁罪致人重伤的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑；致人死亡的，处 10 年以上有期徒刑，国家机关工作人员利用职权犯非法拘禁罪的，从重处罚。

所谓具有殴打、侮辱情节，是指为实行非法拘禁而在拘禁过程中进行殴打或侮辱。作为非法拘禁罪严重情况的殴打、侮辱是否包括殴打、侮辱行为独立构成犯罪的情形，应当包括轻伤罪和侮辱罪在内，但是不应包括重伤害的故意伤害罪在内，对于过失造成重伤的，应适用非法拘禁罪的加重结果犯之法定刑；故意造成重伤的，则应根据本条第 2 款的转化犯规定，以故意伤害罪论处。

所谓“致人重伤”、“致人死亡”仅仅是指过失致人重伤、致人死亡，且不包括以轻伤为故意而过失地造成重伤的情形在内，因为这种情形仍为故意重伤罪的范畴。

所谓为索取债务非法扣押、拘禁他人，指的是为索取合法债务的情形。行为人为索取非法债务而扣押、拘禁他人的，应以本法第 239 条的绑架罪定罪处罚。

国家机关工作人员利用职权犯非法拘禁罪从重处罚，仅限于“利用职权”的情形；没有利用职权的，不得从重处罚。另外，应当注意，行为人非法拘禁具有多个从重处罚情节的，应在更大幅度上从重处罚。比如国家机关工作人员利用职权非法拘禁，又具有殴打、侮辱情节的，就属于这种情况。

二、重点界限（绑架罪与抢劫罪的界限；侮辱罪与诽谤罪的界限；故意杀人罪与故意伤害罪的界限）

（一） 绑架罪与抢劫罪的界限

二者都实施了暴力、胁迫等行为，在主观上都有非法占有他人财物的目的，在客体方面都属于复杂客体。但是，二者之间差别是明显的，主要表现在以下几个方面：（1）犯罪手段不同，绑架罪以绑架人质为手段，抢

劫罪不包括这样的犯罪手段;(2)强取财物的时间、地点不同,前者要求按照犯罪行为人指定的时间地点交付,后者是在抢劫当时地交付;(3)侵害对象不同,绑架罪的犯罪对象包括被绑架人质和人质的亲属及相关人等,表现为双重或多重被害人,而抢劫罪的犯罪对象不具有这样的特点。

(二) 侮辱罪与诽谤罪的界限

诽谤罪与侮辱罪的主要区别在于:(1)实施手段不同。诽谤罪只能用口头或文字方式进行,不能使用暴力手段;而侮辱罪可以用口头、文字、暴力诸手段。(2)实施方式不同。诽谤罪是捏造事实并公然散布,以损害他人的人格和名誉;侮辱罪,不论用以贬低他人人格和名誉的事实是否捏造,只要公然侮辱即可构成。(3)对被害人进行侵犯的场合不同,诽谤可以当众或当第三者散布,也可以当被害人的面进行;侮辱罪则往往当着被害人的面进行。

(三) 故意杀人罪与故意伤害罪的界限

这两种犯罪容易混淆的主要是伤害致死与故意杀人罪的既遂,和伤害罪的既遂与故意杀人未遂两种情况。容易混淆的原因在于每种情况中的两种罪,都造成相同的结果,因此,必须准确掌握它们之间的界限。

伤害致死与杀人既遂在客观方面都产生了死亡结果,但其主观要件的内容不同,前者为故意伤害他人,后者为故意剥夺他人生命。

伤害既遂与故意杀人未遂,虽然只产生了伤害结果,但其主观要件的内容不同,前者为故意伤害,后者为故意剥夺他人生命。

如何判断行为人故意的内容,是一个复杂细致的问题。我们必须坚持主客观相一致的原则,既要考虑行为人的认识水平、行为能力,也要考虑作案时的客观环境,作案的全过程。只有在把全部案件事实搞清的基础上,才能准确判明行为人主观要件的具体内容。

思考题:

1.故意杀人罪的概念和构成特征是什么?
2.故意伤害罪的概念和构成特征是什么?
3.强奸罪的概念和构成特征是什么?
4.奸淫幼女罪的概念和构成特征是什么?
5.非法拘禁罪的概念和构成特征是什么?

参考书目:

1、王作富主编:《刑法》,中国人民大学出版社,1999 年 12 月第 1 版。
2、何秉松主编:《刑法教科书》,中国法制出版社,1997 年 12 月第 1 版。
3、杨春洗、杨敦先主编:《中国刑法论》,北京大学出版社,1998 年月第 2 版。
4、郭立新、杨迎泽主编:《刑法分则适用疑难问题解》,中国检察出版社,2000 年 1 月第 1 版。
5、刘亚平编著:《刑法分则案例教程》,中国政法大学出版社,1999 年 8 月第 1 版。
6、陈兴良、曲新久著:《案例刑法教程》,中国政法大学出版社,1994 年 5 月第 1 版。
7、黄京平主编:《以案说法》(刑法篇),中国人民大学出版社,1998 年 5 月第 1 版。

第十六章　侵犯财产罪

教学目的与要求：让学生全面掌握本章重点罪的概念、构成特征和相近罪的区别。让学生一般了解本章其它罪。

教学重点：抢劫罪；盗窃罪；诈骗罪；侵占罪；敲诈勒索罪。抢劫罪与抢夺罪的界限；抢劫罪与故意杀人罪的界限；侵占罪与盗窃罪的界限；抢劫罪与敲诈勒索罪的界限。

教学难点：抢劫罪；抢夺罪；侵占罪；职务侵占罪；挪用资金罪；敲诈勒索罪；抢劫罪与故意杀人罪的界限；绑架罪与敲诈勒索罪的界限

教学方法：讲授

学　时：6 学时（第 12、13 周）

第一节　侵犯财产罪概述

一、侵犯财产罪的概念

侵犯财产罪，是指以非法占有为目的，攫取公私财物，或者故意毁坏公私财物的行为。

二、侵犯财产罪的特征

侵犯财产罪的构成要件如下：

（一）侵犯财产罪的主体，大多数罪为一般主体，只有职务侵占罪、挪用资金罪和挪用特定款物罪为特殊主体。依照刑法的规定，它们的主体分别为公司、企业或者其他单位的非国家工作人员的人员以及掌握特定款物的财会人员及批准挪用的有关负责人员。根据第 17 条的规定，凡年满 1□6 周岁并具有刑事责任能力的人，都可以成为侵犯财产罪的主体，已满 14 周岁不满 16 周岁的人，只能成为抢劫罪的主体。

（二）侵犯的客体是财产利益，即公私财物的所有权。所有权作为社会现象和经济范畴，是合法所有人对其财物的占有、使用、收益和处置的统一体。当法律规范调整这些利益的时候，它们就具有了法律形式并在法律上作为合法所有人对其动产和不动产的占有、使用、收益、处置权而间接表现出现。

任何侵犯公私财物的行为都同时侵害财物的社会内容——财产利益和以所有权为形式的“法律外壳”。所有权乃是物权。作为社会经济范畴的所有权总是同物相联系的，并具体化为物。因此，从现象上看，侵犯财产罪表现为行为人对物质世界的物施加非法的影响，但实质上是侵犯合法所有人的财产利益，即公私财物的所有权。

（三）侵犯财产罪的主观方面只能由故意构成。大部分犯罪以非法占有公私财产为目的，如抢劫罪、盗窃罪、诈骗罪等；只有故意毁坏财物罪是以非法毁灭、损坏公私财物为目的；而破坏生产经营罪则是出于泄愤报复或者其他个人目的。

（四）侵犯财产罪的客观方面表现为以各种非法手段侵犯公私财产的行为。根据其行为方式和行为人的故意内容，可以将侵犯财产罪分为两种类型：一种是以各种公开的或者秘密的手段，非法占有公私财产的行为，包括抢劫罪、盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪、聚众哄抢罪、敲诈勒索罪、侵占罪、业务侵占罪、挪用单位资金罪和挪用特定款物罪，其特点是一般不改变公私财物的使用价值。另一种是故意毁灭或损坏公私财产的行为，包括故意毁坏财物罪和破坏生产经营罪，其特点是通过毁坏、破坏公私财物的使用价值而使客体受到侵害。

侵犯财产罪的对象，是各种具体的财物。包括生产资料、生活资料、动产、不动产、电力、煤气、天然气

等，这些都是具有经济价值的财物。此外，还包括货币和其他有价证券、有价票证，如国库券、公债券、股票、签发的支票、汇款单、车票、船票、机票、邮票和邮寄包裹单、货物托运单、提货单等。根据第 265 条的规定，通信线路、电信码号、电信设备、设施等，也可以成为某些侵犯财产罪的对象。

侵犯财产罪的对象，应当是依法归国家、集体或公民个人所有的财物，即产权明确的公私财物。因此，无主物或者被所有人自动丢弃的物品，不属于侵犯财产罪的对象。但是，遗忘物、埋藏物、漂流物不属于无主物，因为它们只是暂时脱离了所有人的控制与管理，其所有权仍受法律的保护。

根据《文物保护法》第 4 条的规定，“中华人民共和国境内地下、内水和领海中遗存的一切文物，属于国家所有”。“古文化遗址、古墓葬、石窟寺属于国家所有”。根据《民法通则》第 79 条的规定，“所有人不明的埋藏物、隐藏物，归国家所有”。根据第 270 条第 2 款的规定，“将他人的遗忘物或者埋藏物非法占为己有，数额较大，拒不交出的”，依照侵占罪的规定处罚。因此，不能将地上、地下的文物以及埋藏物、遗忘物视为无主物而任意侵占，否则将受到刑事追究。

非法占有的财物，如赌资、赃款、赃物、违禁品（毒品）等，能否成为侵犯财产罪的对象？我们认为，这些财物并不是可以任人随意处置的无主物。其中，有的是属于国家依法应予以没收的，如违禁品、赌资等；有的是属于国家、集体或者公民私人所有的，如被盗被抢的钱、物等。非法占有这些财物，同样构成对公私财物所有权的非法侵犯。因此，非法占有的财物，也可以成为侵犯财产罪的对象。

根据的规定，除抢劫罪外，其他侵犯财产罪一般以非法占有财物的数额较大或者情节严重作为成立犯罪的重要标准。因此，如果数额较小，其他情节显著轻微，危害不大的，就不能认为是犯罪。

侵犯财产罪的实际危害，主要表现为直接造成公私财产的损失。因此，判断具体犯罪的既遂或者未遂，除抢劫罪外，原则上应以是否使公私财产所有权实际受到的侵害为标准。

我国刑法分则规定的侵犯财产罪，共有 14 个条文，12 个罪名。

第二节　侵犯财产罪分述

一、重点罪（抢劫罪；盗窃罪；诈骗罪；抢夺罪；职务侵占罪；挪用资金罪；侵占罪；敲诈勒索罪）

（一）抢劫罪

1.定义

抢劫罪，是指以非法占有为目的，当场使用暴力、胁迫或者其他方法，□强行劫取财物的行为。

2.特征

（1）主体为自然人一般主体。依照第 17 条的规定，凡年满 14 周岁并具有刑事责任能力的自然人，均可以构成抢劫罪的主体。

（2）客体为复杂客体，即不仅侵犯财产利益，同时也侵害他人的人身权利。这是本罪不同于其他侵犯财产罪的重要特征。由于实施抢劫罪的行为人的目的是劫取财物，侵犯他人的人身权利只是他实现这一目的而使用的手段，所以，立法者将其归入侵犯财产罪一章中。

（3）主观方面是故意，并且具有非法占有公私财物的目的。所谓非法占有公私财物，是指行为人意图非法改变财物所有权。

（4）客观方面表现为行为人对公私财物的所有人、保管人或者看护人当场使用暴力、胁迫或者其他方法，迫使其立即交出财物或者立即将财物抢走的行为。

所谓暴力，是指对被害人的身体施以打击或强制，借以排除被害人的反抗，从而劫取他人财物的行为。暴

力必须在取得他人财物的当场实施。虽然使用了暴力但未当场获取财物或者是在劫取财物之后又出于其他动机伤害被害人的，则都不属于抢劫中的暴力，构成犯罪的应以他罪论处。当然，先前劫取财物的行为如构成本罪，则应以他罪与本罪实行并罚。如果针对的是被害人的财物，即使在行为实施过程中造成了人身伤害，亦不能以本罪论处。如直接夺取他人手中的钱包，直接抢夺被害人耳朵上的耳环等，就因暴力直接指向财物而构成抢夺罪，致人重伤或死亡的，则应作为抢夺罪的一个特别严重，情节加以考虑。用暴力的目的就在于排除被害人的反抗，致使被害人不敢反抗或不能反抗，从而劫取其财物。至于暴力程度，只要能对他人身体起到强制、打击作用即可，并不要求其危及他人的身体健康甚或生命安全。将人伤害、重伤甚或杀死，固然是暴力，一般的拳打脚踢、捆绑禁闭、扭抱推拽等因其对他人人身有强制、打击作用，亦可成为本罪的暴力。暴力的轻重程度仅是本罪的量刑情节，对本罪构成并无影响。只要存在暴力，并以此劫取他人财物，即可构成本罪。

所谓胁迫，是指对被害人以当场实施暴力相威胁，进行精神强制，从而使其产生恐惧而不敢反抗，任其抢走财物或者被迫交出财物的行为，胁迫的内容是当场对被害人施以暴力。胁迫是行为人有意识地给被害人施加精神压力，进行精神强制，意在使其产生恐惧，不敢反抗，而为其劫取财物创造条件。如果不是出于这一意图，虽然使用了暴力威胁，如盗窃财物后被他人发现，为了阻止他人告发，不是当场以暴力威胁的，就不能以本罪治罪。至于胁迫的方式则多种多样，有的是语言，有的是动作如拨出身带之刀；有的还可能是利用特定的危险环境进行胁迫，如在夜间偏僻的地区，喝令他人“站住，交出钱来”, 使被害人产生恐惧，不敢反抗，亦可构成本罪的威胁。

胁迫必须是向被害人当面发出。如果不是向被害人当面发出，而是通过书信或者他人转告的方式让被害人得知，则亦不是本罪的胁迫。此时，即使具有暴力的内容，仍是构成敲许勒索罪，而不是本罪。至于暴力指向的对象，一般是被害人本人，但也可以是指向被害人的女儿、父母、妻子等亲属。不过，这些亲属必须在被动现场，可以成为行为人直接使用暴力加害的对象。如果胁迫不成或者遇有反抗，便会立即转化为暴力抢劫。如果行为人使用“”虚假“的暴力欺骗胁迫被害人，使其信以为真而产生恐惧被迫交出财物的，仍是构成本罪的胁迫。行为人必须是在胁迫的当场取得财物，如果不是在当场取得财物而是限期交出财物，则不是本罪的胁迫。这时构成犯罪，应定敲诈勒索罪。

其他方法，是指使用暴力、胁迫以外的方法使得被害人不知反抗或无法反抗，而当场劫取财物的行为。如用酒灌醉、用药物麻醉、利用催眠术催眠、将清醒的被害人乘其不备锁在屋内致其与财产隔离等方法劫取他人财物。应当注意的是，被害人不能反抗或无法反抗是因为被害人的积极作为所导致。行为人如果没有使他人处于不知反抗或无法反抗的状态，而是借用了被人自己因患病、醉酒、熟睡或他人致使其死亡、昏迷等而不知反抗或无法反抗的状态拿走或夺取财物的，不是构成本罪，对之应当以他罪如盗窃罪、抢夺罪论处。

使用暴力、胁迫或者其他方法劫取财物，是抢劫罪犯罪构成的重要组成部分，是抢劫活动的决定性方面。但是，这里所说的暴力、胁迫或者其他方法，必须是当场实施，才能构成抢劫罪。因此，判断行为是否构成抢劫罪，应以犯罪分子是否当场使用暴力、胁迫或者其他方法为标准。如果犯罪分子在预备阶段，意图以暴力或胁迫方法抢劫财物，但到现场后由于情况发生变化或者其他原因，并没有使用暴力或者胁迫方法就非法取得了财物。对于这种情况，应以实施犯罪时实际取得财物的手段、方法来定罪，而不能以抢劫罪论处。反之，如果犯罪分子事先只是想秘密窃取或者乘人不备夺走财物，但在实施犯罪过程中，由于被人发觉遭到阻止或反抗，而当场使用暴力或者以暴力相威胁强取财物的，其行为性质就由盗窃或抢夺转化为抢劫了，故应以抢劫罪论处。

由于抢劫罪是当场劫取财物，所以抢劫的财物只限于动产。非法抢占不动产的，不属于抢劫罪。如果把不动产强行分割，如强行拆下他人房屋的门窗木料而抢走，这部分则变成了动产，就可以认定为抢劫罪。

从抢劫罪的构成的结构上看，除了基本的犯罪构成外，本罪还有特殊的犯罪构成。在基本的犯罪构成的基础上，只要具备《刑法》第 263 条所列举的情节之一的，如入户抢劫的；在公共交通工具上抢劫的；抢劫银行或者其他金融机构的；多次抢劫或者抢劫数额巨大的；抢劫致人重伤、死亡的；冒充军警人员抢劫的；持枪

抢劫的；抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资的，就是抢劫罪的特别构成。实施抢劫罪的行为人对客体的作用，是通过连结犯罪主体与犯罪客体的中介，即犯罪主观方面和犯罪客观方面的相互联系、相互作用完成的。由于犯罪主体、犯罪客体、犯罪主观方面、犯罪客观方面都是由各个要素组成的系统，由于各个层次之间以及各个层次的诸要素之间存在着双向的相互关系，这样就使通过中介连结起来的主客体之间的相互关系成为一个多层次、多要素、多变量的复杂结构。第 263条在抢劫罪的基本构成之外，又规定了它的特别犯罪构成，便是抢劫罪犯罪构成的结构的复杂性的表现。抢劫罪的特别构成不仅表明行为的高度社会危害性，而且还是另起一档法定刑的法定依据。

所谓“入户抢劫的”，是指行为人非法进入居民家中实施抢劫的行为。应当指出，这里所说的“户”，应当理解为公民私人居住的设施，不包括办公楼、校舍、公共娱乐等场所。如果校舍、办公楼临时用于单位职工居住，则应视为“户”。至于“入户”，则应根据具体情况加以判断。“入户”通常是指进入住宅或者室内，但对于独门独院的住宅来说，只要行为人进入了住宅院内，也应视为“入户”。

所谓“在公共交通工具上抢劫的”，是指对运营中的公共交通工具，如公共汽车、旅客列车、船舶、飞机上的旅客、司乘人员实施的抢劫。它既包括行为人在乘座的公共交通工具上实施的抢劫，也包括行为人对运行中的公共交通工具加以拦截后实施的抢劫。后者一般不包括抢劫公共交通工具本身。

所谓“抢劫银行或者其他金融机构的”，是指以银行或者其他金融机构为对象所实施的抢劫。这里所说的“银行”，既包括国家银行，也包括民营银行和外国依法在我国设立的银行。所谓“其他金融机构”，是指银行以外的依法从事货币资金的融通和信用的机构，如信用社、证券公司、保险公司、信托投资公司等。

“多次抢劫或者抢劫数额巨大的”。所谓“多次”，是指三次以上，包括本数在内。至于“数额巨大”，则应由最高司法机关作出解释。

所谓“抢劫致人重伤、死亡的”，是指在抢劫过程中，行为人因使暴力而致受害人重伤、死亡或者因受害人激烈反抗而使用暴力将其杀害的情况。它不包括为图财先杀人，对于这种情况，可认定为故意杀人罪；也不包括抢劫之后，出于灭口，毁灭证据或者其他目的而杀死被害人的，对于这种情况，可认定为抢劫罪和故意杀人罪，实行数罪并罚。

“冒充军警人员抢劫的”。这里所说的“军警”，是指军人和警察。后者不仅包括公安民警，还应包括国家安全机关、监狱、劳动教养管理机关的人民警察和人民法院、人民检察院的司法警察。“冒充”的含义是以假的充当真的。这里所说的“冒充军警人员”，是指通过着装、出示假证件或者口头宣称充当军警人员的行为。

“持枪抢劫的”。所谓“持枪”，是指在实施抢劫的过程中，行为人手中握有枪支或者向被害人显示所携带的枪支。行为人是否实际使用于抢劫，不影响行为性质的认定。

“抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资的”。适用本项规定的关键在于，行为人必须明知这些特定性质的物资，否则，就不能适用本项规定。

3．犯罪构成的转化。第269条规定：“犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，依照本法第263条的规定定罪处罚。”这是关于犯罪构成转化的典型规定，即原来的盗窃罪、诈骗罪和抢夺罪的犯罪构成，因条件发生变化最后导致犯罪构成整体性的转化。适用刑法本条规定必须具备以下三个条件：

第一，行为人必须实施了盗窃、诈骗、抢夺犯罪行为，这是适用本条的前提。实施的上列行为虽未达到数额较大，但是，如果当场使用暴力或者以暴力相威胁，情节严重的，仍可以按照抢劫罪论处。

第二，目的是为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证。“窝藏赃物”，是指为防护已到手的赃物不被追回；“抗拒抓捕”，是指抗拒公安机关或者任何公民，特别是失主对他的抓捕、扭送；“毁灭罪证”，是指湮灭作案现场上遗留的痕迹、物品等免得被采取成为罪证。如果出于其他目的，不能构成本罪。

第三，行为人必须是当场使用暴力或者以暴力相威胁。所谓“当场”，是指犯罪分子实施犯罪的现场，或者刚

一离现场就被人发觉追捕的过程。如果在盗窃、诈骗、抢夺犯罪完成以后，没有被及时发觉或者抓获，而是隔了一段时间，在其他地方发现犯罪分子，当对其抓捕时，犯罪分子行凶抗拒，则不属于本条处理的范围。其暴力行为构成犯罪的，应和原有的犯罪合并，实行数罪并罚。所谓“使用暴力或者以暴力相威胁”，是指犯罪分子对抓捕他的人实施殴打、伤害等足以危及身体健康和生命安全的行为，或者以立即实施这种行为相威胁。如果使用暴力或者以暴力相威胁，情节不严重、危害不大或者没有伤害意图，只是为了挣脱抓捕而推撞他人的，可以不认为是使用暴力，仍按原有的犯罪论处。

只有同时具备以上三个条件，才能适用刑法本条规定。应当指出，这种先谋财后使用暴力或者以暴力威胁的情况，虽与先使暴力或者以暴力相威胁而后取得财物有所不同，但从其行为性质的转化上看，是更接近于抢劫罪的。有的同志把这种情况称之为“准抢劫罪”，也是以此为根据的。

3.认定

（1）抢劫罪与非罪的界限

1、抢劫罪是侵犯财产罪巾危害性最大、性质最严重的犯罪，在一般情况下，凡是以非法占有为目的，用暴力、胁迫或者其他方法，强行夺取公私财物的行为，就具备了抢劫罪的基本特征，构成了抢劫罪。立法上没有抢劫的数额和情节的限制性规定。但是依照本法第 13 条的规定，情节显著轻微危害不大的行为，不认为构成了抢劫罪。例如：青少年偶尔进行恶作剧式的抢劫，行为很有节制、数额极其有限，如强索少量财物，抢吃少量食品等，由于情节显著轻微，危害不大，属于一般违法行为，尚不构成抢劫罪。

2、因为婚姻、家庭纠纷，一方抢回彩礼、陪嫁物，或者强行分割并拿走家庭共有财产的，即使抢回、拿走的份额多了，也属于民事、婚姻纠纷中处理方法不当的问题，不具有非法强占他人财物的目的，不构成抢劫罪。

3、为子女离婚、出嫁女儿暴死等事情所激怒，而纠集亲友多人去砸毁对方家庭财物，抢吃粮菜鸡猪，属于婚姻家庭纠纷中的泄愤、报复行为，一般应做好调解工作，妥善处理，不要作为抢劫论处。

（2）既遂与未遂的界限

关于抢劫罪既遂与未遂的区分标准，是法学界和司法实践中争论的一个重要问题，概括起来主要有三种观点：（1）应以行为人的抢劫是否非法占有了公私财物为标准，已非法占有公私财物的为既遂，尚木非法占有公私财物的是未遂。（2）认为抢劫罪是以暴力、胁迫或其他方法为特征的侵犯财产权利，同时也侵犯人身权利的犯罪。因此，无论抢到财物与否，只要在抢劫中侵犯了被害人的人身权利，就是既遂；（3）认为本条对抢劫罪分两款作了规定，实际上是两个犯罪构成，因此，应当按照两种情况，分别确定既遂与未遂的标准，即第一款是一般抢劫罪，就应以抢到财物与否为既遂与未遂的标准；第二款是结果加重犯，不存在未遂的问题。

区分抢劫罪的既遂与未遂，应当以抢劫罪的犯罪构成要件是否具备，即法定的犯罪结果是否已经造成为标准。依照本条的规定，抢劫罪的犯罪构成有基本的和加重的两种形态。因而，其既遂未遂标准应分别考察，当犯罪事实属于基本的犯罪构成时。以行为人所实施的行为，是否取得财物为准；当行为人的行为属于本条所定加重情节之一时，已具备加重形态的全部要件，无论行为人是否抢到财物，应是犯罪既遂。

（3）抢劫罪与故意杀人罪的界限

抢劫罪与故意杀人罪，是两个性质不同的犯罪。主要区别是：1、客体要件不同。前者的客体是复杂客体，既侵犯了公私财产所有权，又侵害了公民的人身权利；后者的客体是单一客体，即公民的生命权。2、犯罪目的不同。前者是为了非法占有公私财物，侵犯公民的人身权利，是非法占有公私财物的一种手段，二者之间存在目的与手段的内在联系；后者的犯罪目的，是非法剥夺他人的生命权利。由于这些区别的存在，在司法实践中，二者的界限一般是不会发生混淆的。但二者之间又存在一定的联系，这些联系表现在：（1）抢劫罪虽然主要是侵犯公私财产的所有权，但同时又侵犯了公民的人身权利，而公民的人身权利包括公民的生命权，因此。抢劫罪的客体要件与故意杀人罪的客体要件间存在包容关系。（2）抢劫罪的行为方式是暴力、胁迫或者其他方法，故意杀人罪的行为方式，可以是暴力的，也可以是非暴力的，因此，在犯罪的行为方式-，二者之间也存在交叉

关系。(3)抢劫罪一般是先使用暴力、胁迫或者其他方法，而后取得财物，使用暴力、劫取财物者是故意的；故意杀人罪，行为人杀人后，劫走被害人的财物的情况也是很常见的，其杀人、劫物也都是故意的。因此，在这方面二者也有相似之处。对抢劫杀人案件的定性，要根据案件的特点，具体案件具体分析，不能一概而论。从司法实践看,抢劫杀人案件主要有三种情况:A、先杀人后抢劫的案件,即事先只有非法剥夺他人生命的目的，而无抢劫他人财物的目的，抢劫财物是在杀人以后对其亲属实施的，或者杀人以后，见财起意又将其财物拿走的案件。基于杀人的故意，实施杀人的行为，构成故意杀人罪，后又基于非法占有被害人财物的故意，实施了抢劫的行为，构成抢劫罪。这两个罪之间没有内在的牵连关系。类似这类案件，应定抢劫罪和故意杀人罪，实行两罪并罚。B、在实施抢劫财物过程中先杀人后劫物的案件，即在抢劫财物过程中，先将财物的所有人、经管人杀死，剥夺其反抗能力，当场劫走其财物，杀人是劫走财物的必要手段的案件。虽杀人在先，劫取财物在后，但都发生在抢劫过程中，而且杀人是劫取购物的必要手段。因此，应定抢劫罪。C、抢劫以后又杀人的案件，即抢劫财物后，为了保护赃物、抗拒逮捕、毁灭罪证，当场又杀人的，或者为杀人灭口而杀死被害人的案件。杀人灭口行为，与抢劫没有内在联系，因此是两个独立的犯罪，应分别定抢劫罪和故意杀人罪，实行两罪并罚。至于抢劫后为了护赃等而当场使用暴力杀人的，应视为抢劫行为的继续，仍只能定为抢劫罪，为护赃而当场行凶杀人，可作为从重处罚情节。根据上述分析，对于抢劫杀人案件的定性要把握两条界限：一是杀人是否发生在抢劫财物过程中，二是杀人是否是抢劫财物的必要手段，是否与非法占有公私财物之间存在目的与手段的内在联系。如果杀人行为发生在抢劫过程中，而且是抢劫财物的必要手段，应定抢劫罪；如果杀人行为发生在抢劫财物过程之外，或者虽与抢劫财物过程有联系，但与抢劫财物无内在联系，应定故意杀人罪。

（4）抢劫罪与抢夺罪的界限

主要区别是：1、客体要件不同。抢劫罪侵犯的是复杂客体，即公私财产所有权和公民的人身权利；抢夺罪侵犯的是单一客体，即公私财产的所有权。2、犯罪客观方面不同，抢劫罪在客观方面表现为使用暴力胁迫或者其他方法劫取公私财产的行为，劫取公私财物的数额不限；抢夺罪在客观方面表现为公然夺取公私财物数额较大的行为。这些区别为我们区别抢劫罪与抢夺罪的界限提供了客观标准。但由于抢劫罪与抢夺罪同属侵犯财产的犯罪，彼此之间存在紧密的联系，比如:(1)在客体要件上，二者都侵犯了公私财产所有权(2)在客观方面，虽然抢劫罪使用的是暴力、胁迫或者其他方法，往往造成被害人伤亡；抢夺罪使用的是强力夺取的方法，直接作用于被抢夺的财物，但有时也会发生致人重伤死亡的结果。暴力和强力性质不同，但从一定意义上说，暴力也是一种强力。因此，二者在客观方面，不仅行为方式有相似之处，而且危害结果也可能相同。(3)在一定条件下，抢劫罪和抢夺罪可以相互转化。刑法第269条的规定，其中包括了犯抢夺罪转化为抢劫罪的情况。另外，在司法实践中，有的犯罪分子为了达到非法占有公私财物的目的，往往作了几手准备，哪种手段能达到目的，就使用哪种手段。有的犯罪分子出于抢劫的故意，身带凶器，准备使用暴力、胁迫手段，到作案现场后，发现不需要实施暴力、胁迫方法，由抢而变为偷。有的犯罪分子出于盗窃的故意，在实施盗窃行为时被人发觉，遇到反抗，继而使用暴力、胁迫方法，则由暗偷转化为明抢。在处理此类案件时亦应具体问题具体分析。

（5）抢劫罪与敲诈勒索罪的界限

主要区别是：1、抢劫罪的“威胁”是当着被害人的面，由行为人直接发出的；敲诈勒索罪的“威胁”，可以是当面发出的，也可以是通过书信、电话、电报等形式发出，可以是行为人本人发出，也可以通过第三人发出。2、抢劫罪的“威胁”是扬言当场实施，“威胁”的内容都是当场可以实施的；敲诈勒索罪的“威胁”一般是扬言将要实施，并不一定当场实施，威胁的内容可以当场能够实施的，也可以是在以后的某个时间才能实施。3、抢劫罪是迫使被害人当场交出财物；敲诈勒索罪迫使被迫交出财物的时间、地点，可以是当场，也可以是在以后指定的时间、地点交出。4、抢劫罪占有的财物只能是动产；敲诈勒索罪占有的财物可以是动产，也可以是不动产。5、抢劫罪除使用威胁手段外，还使用暴力或者其他方法，因而往往同时侵害了被害人的人身权利；敲诈勒索罪，不使用暴力或者“其他方法”，因而不侵害公民的人身权利。6、主观故意的内容不同。抢劫罪故意的内容是抢劫；敲

诈勒索罪故意的内容是敲诈勒索。

（6）抢劫罪与绑架罪的界限

抢劫罪与绑架罪的主要区别是：抢劫罪的客观方面表现为行为人对财物的所有人、经管人当场使用暴力、胁迫或者其他手段迫使其当场交出财物或者当场将其财物劫走；绑架罪的客观方面表现为行为人对财物的所有人（不排斥财物所有人）、经管人的亲属使用暴力、胁迫或麻醉手段，将其劫持，利用被绑架人的亲属或者其他有关人员对被绑架人安危的忧虑，迫使被绑架人的亲属或者其他人交出一定的财物，换取被绑架人的人身安全，因此财物不是当场取得，而是在以后的特定的时间、地点取得；不是由被绑架人直接交出财物，而是由被绑架人的亲属或者其他有关人交出。

4.处罚

根据第 263 条的规定，犯抢劫罪的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；有下列情形之一的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产：

（一）入户抢劫的

这是指行为人用各种非法手段进人公民家中实施抢劫的行为。入户抢劫是近年来抢劫罪中的常见多发情形。这里所说“户”，应理解为居民住宅，并不包括其他场所，如单位的办公楼、学校、公共娱乐场所等，否则，有悖立法原意。对“入户”不能仅理解为进入住宅房间或者室内。对于抢劫独门独院居民住宅的，只要行为人进入了住宅院内，也应视为“入户抢劫”。入户抢劫的犯罪分子的入户行为，在实践中往往是到居民住宅破门撬锁，危害非常严重，这种入户行为本身就已构成本法第 245 条规定的非法侵入住宅罪，只是由于抢劫罪的入户行为是其抢劫行为的手段行为的一部分，根据刑法处理牵连犯的一般原则，只以抢劫罪一罪从重处罚，不必再以抢劫罪和非法侵入住宅罪实行并罚。

（二）在公共交通工具上抢劫的

公共交通工具主要是指从事旅客运输的各种公共汽车、电车、出租车、客运列车、客运轮船、客运飞机等正在运营中的交通工具。在公共交通工具上抢劫，应当包括行为人本身就在该公共交通工具上，对旅客、司机、乘务人员实施的抢劫，也包括行为人对运行途中的公共交通工具加以拦截后实施的抢劫。这种抢劫一般是针对在公共交通工具上的人员及所载财物实施的，不应包括抢劫公共交通工具本身。抢劫公共交通工具的，如果达到了数额巨大，应当适用本条第 4 项情形的规定。公共交通工具往往载客较多，在它上面实施抢劫，一则说明抢劫犯的主观恶性较大，胆敢在公共场合抢劫；二则因公共交通工具正在行进途中，可能给在公共交通工具上的旅客、司机、乘务员等多人造成人身或者财产上的重大损失，甚至危及交通安全，因而危害特别严重。

（三）抢劫银行或者其他金融机构的

银行，包括国家银行，也包括民营银行和外国在我国境内设立的银行，这里的其他金融机构，是指银行以外的依法从事货币资金的融通和信用的机构，如证券公司、保险公司、信托投资公司、融资租赁公司、企业集团财务公司等。抢劫银行或者其他金融机构，是指行为人侵入银行或者其他金融机构所在建筑物内对其财物进行的抢劫，也包括对正在行驶途中的这些单位所属运钞车辆中的财物等实施的抢劫。银行和其他金融机构承担着货币的发行与回笼，存款吸收和贷款发放，现金流通和转帐结算，金银外币、有价证券的买卖等多种任务，是国家动员和分配社会闲散资金的必经渠道，又是国家对经济进行宏观调控的重要环节。抢劫银行或者金融机构的行为一旦得逞，抢劫的钱物数额往往非常巨大，且常伴随着严重的暴力行为，社会危害性极为严重。

（四）多次抢劫或者抢劫数额巨大的

多次抢劫，是指在一定时期内抢劫三次以上，对于抢劫犯中的惯犯、屡犯来说，由于其在一定时间内多次犯罪，除了主观恶性大之外，对社会治安秩序造成严重威胁，有时尽管实际抢劫到的财物总额可能并不很大，但是严重影响社会的安宁，社会危害性很严重。因而对多次抢劫的，作为抢劫罪的严重情形之一处罚。这里的另一种情形是抢劫数额巨大的。刑法虽然没有把抢劫数额较大作为抢劫罪构成的要件，但本罪作为最严重的一

种侵犯财产罪，其抢劫的财物的数额大小，反映出抢劫行为对公私财物所有权的危害程度，从一个方面决定着抢劫罪的轻重。抢劫数额巨大，应当作为抢劫罪的一种严重情形。至于这里所说的“数额巨大”的具体数额起点，有待司法机关作出解释。

（五）抢劫致人重伤、死亡的

这里所说的致人重伤、死亡，是指行为人在抢劫过程中，因使用暴力或者其他方法而直接导致被害人重伤、死亡，其特征在于：1、客观上出现了致被害人重伤、死亡的结果；2、这种重伤、死亡的结果是由抢劫的暴力或者其他方法等手段行为所直接造成的两者之间存在因果关系；3、行为人对这种严重结果的发生在主观上有罪过，一般是过失，但也可以是间接故意，甚至直接故意杀人。对于因行为人的抢劫行为导致被害人自杀的，不应视为“”抢劫致人死亡“。此外，在使用暴力、胁迫或者其他方法抢到财物后，出于灭口或报复等其他动机又故意杀死被害人的，以及在实行抢劫罪后，当时没有暴露，以后被人发觉，而故意杀死检举揭发人、抓捕他的人的，也不属于这里所说的”抢劫致人死亡“，应对犯罪分子以抢劫罪和故意杀人罪实行并罚。根据本法第 269 条的规定，犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，构成转化的抢劫罪，因行为已转化成抢劫罪，如果行为人当场使用的暴力手段直接导致被害人、抓捕他的人重伤或者死亡的，也应属于”抢劫致人重伤、死亡“。

（六）冒充军警人员抢劫的

军警人员，是指军人和警察，军人是指中国人民解放军、中国人民武装警察部队的现役军官（警官）、文职干部、士兵及具有军籍的学员，警察是指我国武装性质的国家治安行政力量，包括公安机关、国家安全机关、监狱、劳动教养管理机关的人民警察和人民法院、人民检察院的司法警察。冒充，是指通过着装、出示假证件或者口头宣称的行为。只要行为人抢劫时有冒充军警人员的行为表示，无论被害人对这种冒充行为是以假当真还是未被蒙骗，都不影响这一情形的认定。这种情形应包括以下情况，行为人冒充军警人员查处违法犯罪行为，如查处赌博、卖淫嫖娼、吸毒、走私行为等。行为人冒充军警人员的身份虽然对其侵占非法财物如赌资、违禁品、违法所得等犯罪目的的实现具有一定作用，但是，其获取财物的主要手段是凭借当场实施的暴力或者暴力胁迫，对方交出财物或者任其抢走财物有误认其为军警人员的因素，但更重要的是惧怕其暴力，甚至在已经对行为人的真实身份发生坏疑或看出系冒充时，也不敢反抗。如果行为人仅仅通过单纯的冒充军警人员执行查处违法犯罪的公务行为的方式侵占非法财物，未对被害人实施暴力或者暴力威胁行为，被害人仅仅基于其冒充的军警人员的身份而交出或自动放弃非法财物，符合本法第 279 条规定的招摇撞骗罪和本法第 372 条规定的冒充军人招摇撞骗罪的构成特征的，应以该罪论处，不应定为抢劫罪。

（七）持枪抢劫的

持枪，是指行为人在实施抢劫的过程中，手中持有枪支或者向被害人显示所佩带的枪支。无论行为人是否实际使用了枪支出不影响对此情形的认定。如果行为人并未实际持有枪支，而是口头上表示有枪；或者虽然随身携带有枪支，但未持在手中，也未向被害人显示，均不属于这种情形。行为人所持的枪支，应当是属于公安机关制定的有关枪支管理法中规定的枪支范围。如果代为人以假作真，如手持仿真枪等，则也不属于这种情形。持枪抢劫的行为人的主观恶性大，对公民人身权利包括健康权、生命权的威胁也很大，具有严重的社会危害性，而且行为人的持枪行为本身往往已构成本法第 128 条规定的非法持有枪支罪。若行为人所持的枪支系非法制造、买卖、盗窃、抢夺、抢劫而来的，则不仅应追究其持枪抢劫的刑事责任，对其非法制造、买卖、盗窃、抢夺、抢劫枪支的行为也应认定为相应的犯罪，实行并罚。

（八）抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资的

军用物资，是指除枪支、弹药、爆炸物以外的所有军事用品，抢劫枪支、弹药、爆炸物的，应当认定为本法第 127 条规定的抢劫枪支、弹药、爆炸物罪。这里的抢险、救灾、救济物资，是指抢险、救灾、救济用途已经明确的物资，包括正处于保管、运输或者使用中的。对于抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资的必须查

明行为人是否明知为这些物资而抢劫，如果行为人事前或者事中并不知道所抢劫的是这些物资，不属于这种情形。

本法第 267 条第 2 款规定："携带凶器抢夺的，依照本法第 263 条的规定定罪处罚。"本法第 269 条规定："犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，依照本法第 269 条的规定定罪处罚。"根据本法第 263 条的规定，抢劫罪的处罚有两个法定刑幅度，一个是对一般情形的抢劫罪适用的"三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金"的较低的法定刑幅度，另一个是对具有法定的八种严重情形之一的抢劫罪适用的"十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产"的较重的法定刑幅度，那么，对于本法第 267 条第 2 款和第 269 条规定的抢劫罪的处罚，也有这两个轻重不同的法定刑幅度。对于这两种抢劫罪，没有其他严重情形的，应综合全案情节，以"三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金"的法定刑幅度为基础，裁量决定具体应判处的刑罚：如果有本法第 263 条规定的八种严重情形之一的，应以"十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产"的法定刑幅度为基础，综合全案情节，裁量决定应具体适用的刑罚。

（二）盗窃罪

1.定义

盗窃罪，是指以非法占有为目的，秘密地多次窃取或者窃取数额较大的公私财物的行为。

2.特征

（1）主体是自然人一般主体，即凡年满 16 周岁并且具有刑事责任能力的自然人，都可以构成盗窃罪。

（2）客体是公私财物的所有权。侵犯的对象，是国家、集体或个人的财物，一般是指动产而言，但不动产上之附着物，可与不动产分离的，例如，田地上的农作物，山上的树木、建筑物上之门窗等，也可以成为本罪的对象。另外，能源如电力、煤气也可成为本罪的对象。

盗窃罪侵犯的客体是公私财物的所有权。所有权包括占有、使用、收益、处分等权能。这里的所有权一般指合法的所有权，但有时也有例外情况。根据《最高人民法院关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》的规定："盗窃违禁品，按盗窃罪处理的，不计数额，根据情节轻重量刑。盗窃违禁品或犯罪分子不法占有的财物也构成盗窃罪。"

盗窃罪侵犯的对象是公私财物，这种公私财物的特征是：（1）能够被人们所控制和占有。能够被人们所控制和占有的财物必须是依据五官的功能可以认识的有形的东西。控制和占有是事实上的支配。这种支配不仅仅是单纯的物理的有形的支配。有时占有可以说是一种社会观念，必须考虑到物的性质，物所处的时空等，要按照社会上的一般观念来决定某物有没有被占有。有时即使在物理的或有形的支配达不到的场合，从社会观念上也可以认为是占有。例如，在自已住宅的范围内一时找不到的手表、戒指，仍没有失去占有。如没有回到主人住所和主人身边习惯的牲畜即使离开了主人的住所，仍属主人占有。震灾发生时，为了暂时避难而搬出去放置在路边的财物，仍归主人由有。放养在养殖场的鱼和珍珠贝归养殖人出有。这里所说的手表、戒指、牲畜、鱼等仍可成为盗窃罪侵犯的对象。随着科学技术的发展，无形物也能够被人们所控制，也就能够成为盗窃罪侵犯的对象，如电力、煤气、大哥大码号等。不能被人们控制的阳光、风力、空气、电波、磁力等就不能成为盗窃罪侵犯的对象。（2）具有一定的经济价值，这种经济价值是客观的，可以用货币来衡量的，如有价证券等。具有主观价值（如有纪念意义的信件）及几乎无价值的东西。就不能成为我国盗窃罪侵犯的对象。盗窃行为人如果将这些无价值的财物偷出去后，通过出售或交换，获得了有价值的财物（相当于销赃数额），且数额较大，则应定盗窃罪。（3）能够被移动。所有的动产和不动产上的附着物都可能成为盗窃罪侵犯的对象。如开采出来的石头，从自然状态下运回的放在一定范围内的砂子，放在盐厂的海水，地上的树等。不动产不能成为盗窃罪侵犯的对象，盗卖不动产，是非所有人处理所有权，买卖关系无效，属于民事上的房地产纠纷，不能按盗窃罪处理。（4）他人的财物。盗窃犯不可能盗窃自己的财物，他所盗窃的对象是"他人的财物"。虽然是自己的财物，但由他人合法占有或使用，亦视为"他人的财物"。如寄售、托运、租借的物品。但有时也有这种情况，由自己合法

所有、使用、处分的财物，也应视为“他人的财物”。如在主人的店里出售物品的雇员在现实中监视、控制、出售的物品，仓库管理员领取的库存品，旅客借用旅馆的电视等。遗忘物是遗忘人丢失但知其所在的财物，大多处于遗忘人支配力所及的范围内，其所有权或占有权仍属于遗忘人，亦视为“他人的财物”，遗失物是失主丢失而又不知其所在的财物。行为人拾得遗失物，应按《民法通则》处理，一般不构成犯罪，无主物是被所有人抛弃的财物、无人继承的遗产等。占有无主物，不构成犯罪。被人抛弃的财物归先占者所有。占有无人继承的遗产应退还给国家或集体。埋藏物、隐藏物不是无主物。根据《民法通则》规定：“所有人不明的埋藏物、隐藏物，归国家所有。”盗掘墓葬，盗取财物数额较大，以盗窃罪论处。《文物保护法》规定：“私自挖掘古文化遗址、古墓葬的，以盗窃论处。”(５)一些特殊的财物尽管具备上述四个特征，仍不能成为盗窃对象。如枪支、弹药，正在使用的变压器等。不同的财物或同一财物处于不同的位置、状态，它所表现的社会关系不同，作为犯罪对象时，它所代表的犯罪客体也不同。如盗窃通讯线路上的电线构成破坏通讯设施罪，盗窃仓库中的电线则构成盗窃罪。因为前者的直接客体是通讯方面的公共安全，而后者的直接客体是公私财物的所有权。盗窃枪支、弹药则构成盗窃枪支、弹药罪，不构成盗窃罪。因为它侵犯的客体是公共安全。(６)盗窃自己家里或近亲属的财物，根据《解释》一般可不按犯罪处理。对确有追究刑事责任必要的，在处理时也应同在社会上作案有所区别。近亲属指夫、妻、父、母、子、女、同胞兄弟姐妹。盗窃近亲属的财物应包括盗窃分居生活的近亲属的财物，盗窃自己家里的财物，即包括共同生活的近亲属的财物，也包括盗窃共同生活的其他非近亲属的财物。家庭成员勾结外人盗窃自己家里的或近亲属的财物，属于共同盗窃行为。构成盗窃罪的，应依法追究刑事责任。这种情况对家庭成员也要与社会上其他同案犯区别对待。

（３）主观方面表现为直接故意，且具有非法占有的目的。

盗窃罪故意的内容包括：(１)行为人明确地意识到其盗窃行为的对象是他人所有或占有的财物。行为人只要依据一般的认识能力和社会常识，推知该物为他人所有或占有即可。至于财物的所有人或占有人是谁，并不要求行为人有明确、具体的预见或认识。如放在宿舍外的自行车，河中一群暂时无人看管的鸭子，客车行李架上的行李等。如果行为人过失地将他人的财物误认为是自己的财物取走，在发现之后予以返还的，由于缺少故意的内容和非法占有的意图，不成立盗窃罪；(２)对盗窃后果的预见。如进人银行偷保险柜，就意图盗窃数额巨大或特别巨大的财物。进入博物馆就意图偷文物。这样的犯意，表明了盗窃犯意图给社会造成危害的大小，也就表明了其行为的社会危害性。根据主客观相一致的原则，《解释》规定：“盗窃未遂，情节严重的，如数额较大的财物或者国家珍贵文物等为盗窃目标的，府当定罪处罚。”

非法占有不仅包括自己占有，也包括为第三者或集体占有。对非法窃取并占为己有的财物，随后又将其毁弃、赠予他人或者又被他人非法占有的，系案犯对财物的处理问题，改变不了其非法侵犯财产所有权的性质，不影响盗窃罪的成立。如果对某种财物未经物主同意，暂时挪用或借用，无非法占有的目的，用后准备归还的，不能构成盗窃罪。构成其他犯罪的，可以将这一情况作为情节考虑。有一些偷汽车的案件即属此种情况。

（４）客观方面表现为行为人具有秘密窃取数额较大的公私财物或者多次秘密窃取公私财物的行为。

所谓秘密窃取，是指行为人采取自认为不为财物的所有者、保管者或者经手者发觉的方法，暗中将财物取走的行为。其具有以下特征：(１)秘密窃取是指在取得财物的过程中没有被发现，是在暗中进行的。如果正在取财的过程中，就被他人发现阻止，而仍强行拿走的，则不是秘密窃取，构成犯罪，应以抢夺罪或抢劫罪论处，如果取财时没有发觉，但财物窃到手后即被发觉，尔后公开携带财物逃跑的，仍属于秘密窃取，要以盗窃论处；如果施用骗术，转移被害人注意力，然后在其不知不觉的情况下取走财物的仍构成秘密窃取；如果事先乘人不备，潜入某一场所，在无人发现的过程中秘密取财的，也为秘密窃取。(２)秘密窃取是针对财物所有人、保管人、经手人而言的，即为财物的所有人、保管人、经手人没有发觉。在窃取财物的过程中，只要财物的所有人、保管人、经手人没有发觉，即使被其他人发现的，也应是本罪的秘密窃取。(３)秘密窃取，是指行为人自认为没有被财物所有人、保管人经手人发觉。如果在取财过程中，事实上已为被害人发觉，但被害人由于种种原因

未加阻止，行为人对此也不知道被发觉，把财物取走的，仍为秘密窃取。如果行为人已明知被他人发觉即使被害人未阻止而仍取走的，行为带有公然性，这时就不再属于秘密窃取，构成犯罪的也而据其行为的性质以抢夺罪或抢劫罪论处，至于其方式则多种多样，有的是采取撬锁破门、打洞跳窗、冒充找人等人室盗窃；有的是在公共场所割包掏兜、顺手牵羊进行盗窃；等等。但不论其形式如何，只要其本质上属于秘密窃取，就可构成本罪的盗窃行为。

秘密窃取的公私财物必须达到数额较大或者虽然没有达到数额较大但实行了多次盗窃的，才能认定为犯罪。如果没有达到数额较大且盗窃次数亦没有达到多次，则不能构成本罪。数额较大一般是指实际窃取了数额较大的财物。行为人没有实际取得财物，即盗窃未遂，一般情况下不应以犯罪处理。但如果以盗窃巨款、珍贵文物等贵重物品为目标，潜人银行、博物馆等盗窃未遂的，仍应认为构成本罪未遂而追究其刑事责任。所谓数额较大，根据《解释》之规定，是指个人盗窃公私财物价值人民币 5 百元至 2 千元以上。所谓多次，是指在一定时间内即 1 年内入户盗窃或者在公共场所扒窃 3 次以上。

根据本条规定，构成盗窃犯罪要以盗窃数额达到较大或者次数达到多次，否则就不构成犯罪。但根据《解释》第 6 条第 1 项的规定，盗窃公私财物接近“数额较大”的起点，具有下列情形之一的，仍可以追究刑事责任：（1）以破坏性手段盗窃造成公私财产损失的，（2）盗窃残疾人、孤寡老人或者丧失劳动能力人的财物的，（3）造成严重后果或者具有其他恶劣情节的。这实为扩大解释，应注意把握。

3.认定

（1）盗窃罪与非罪的界限

对某些具有小偷小摸行为的、因受灾生活困难偶尔偷窃财物的、或者被胁迫参加盗窃活动没有分赃或分赃甚微的，可不作盗窃罪处理，必要时，可由主管机关予以适当处罚。把偷窃自己家电或近亲属财物的行为与社会上的盗窃犯罪行为加以区别。《解释》规定，对此类案件，一般可不按犯罪处理；对确有追究刑事责任必要的，在处理时也应同社会上作案的有所区别。

根据《解释》的规定，盗窃公私财物虽已达到“数额较大”的起点，但情节轻微，并具有下列情形之一的，可不作为犯罪处理：l、已满十六周岁不满十八周岁的未成年人作案的；2、全部退赃、退赔的；3、主动投案的；4、被胁迫参加盗窃活动，没有分赃或者获赃较少的；5、其他情节轻微、危害不大的。

（2）盗窃既遂与未遂

关于盗窃罪的既遂标准，理论上有接触说、转移说、隐匿说、失控说、控制说、失控加控制说。我们主张失控加控制说，即盗窃行为已经使被害人丧失了对财物的控制时，或者行为人已经控制了所盗财物时，都是既遂。被害人的失控与行为人的控制通常是统一的，被害人的失控意味着行为人的控制。但二者也存在不统一的情况，即被害人失去了控制，但行为人并没有控制财物，对此也应认定为盗窃既遂，因为本法以保护合法权益为目的，既遂与未遂的区分到底是社会危害性的区别。就盗窃罪而言，其危害程度的大小不在于行为人是否控制了财物，而在于被害人是否丧失了对财物的控制。因此，即使行为人没有控制财物，但只要被害人失去了对财物的控制的，也成立盗窃既遂，没有理由以未遂论处。例如，行为人以不法占有为目的，从火车上将他人财物扔到偏僻的轨道旁，打算下车后再捡回该财物。又如，行为人让不法占有为目的，将他人放在浴室内的金戒指藏在隐蔽处，打算日后取走。在这种情况下，即使行为人后来由于某种原因没有控制该财物，但因为被害人丧失了对财物的控制，也应认定为盗窃既遂，而不能认定为未遂。所应注意的是，在认定盗窃罪的既遂与未遂时，必须根据财物的性质、形态、体积大小、被害人对财物的占有状态、行为人的窃取样态等进行判断。如在商店行窃，就体积很小的财物而言，行为人将该财物夹在腋下、放人口袋、藏入怀中时就是既遂；但就体积很大的财物而言，只有将该财物搬出商店才能认定为既遂。再如盗窃工厂内的财物，如果工厂是任何人可以出入的，则将财物搬出原来的仓库、车间时就是既遂；如果工厂的出入相当严格，出大门必须经过检查，则只有将财物搬出大门外才是既遂。又如间接正犯的盗窃，如果被利用者控制了财物，即使利用者还没有控制财物，也

应认定为既遂。在我们看来，一概以行为人实际控制财物为既遂标准的观点，过于重视了行为人的主观恶性，但轻视了对合法权益的保护；过于强调了盗窃行为的形式，但轻视了盗窃行为的本质。

（3）本罪与他罪和违法行为的界限

l、盗窃广播电视设施、公用电信设施价值数额不大，但是构成危害公共安全犯罪的，依照本法第 l24 条的规定定罪处罚；盗窃广播电视设施、公用电信设施同时构成盗窃罪和破坏广播电视设施、公用电信设施罪的，择一重罪处罚。

2、盗窃使用中的电力设备，同时构成盗窃罪和破坏电力设备罪的，择一重罪处罚。

3、为盗窃其他财物，盗窃机动车辆当犯罪工具使用的，被盗机动车辆的价值计人盗窃数额；为实施其他犯罪盗窃机动车辆的，以盗窃罪和所实施的其他犯罪实行数罪并罚。为实施其他犯罪，偷开机动车辆当犯罪工具使用后，将偷开的机动车辆送回原处或者停放到原处附近，车辆未丢失的，按照其所实施的犯罪从重处罚。

4、为练习开车、游乐等目的，多次偷开机动车辆，并将机动车辆丢失的，以盗窃罪定罪处罚：在偷开机动车辆过程中发生交通肇事构成犯罪，又构成其他罪的，应当以交通肇事罪和其他罪实行数罪并罚；偷开机动车辆造成车辆损坏的，按照本法第 275 条的规定定罪处罚；偶尔偷开机动车辆，情节轻微的，可以不认为是犯罪。

5、实施盗窃犯罪，造成公私财物损毁的，以盗窃罪从重处罚：又构成其他犯罪的，择一重罪从重处罚；盗窃公私财物未构成盗窃罪，但因采用破坏性手段造成公私财物损毁数额较大的，以故意毁坏财物罪定罪处罚。盗窃后，为掩盖盗窃罪行或者报复等，故意破坏公私财物构成犯罪的，应当以盗窃罪和构成的其他罪实行数罪并罚。

6、盗窃技术成果等商业秘密的，按照本法第 219 条的规定定罪处罚。

7、使用投毒、爆炸方法偷鱼的犯罪性质问题。如果是出于盗窃的目的，毒死或炸死较大数量的鱼，将其偷走，未引起其他严重后果的，应定为盗窃罪；如果不顾人畜安危，向供饮用的池塘中投放大量的剧毒药物，或者向堤坝、其他公共设施附近的水性中投掷大量炸药，严重危害公共安全，致人重伤、死亡或者使公私财物遭受大损失的，应定投毒罪或爆炸罪；如果是为了偷鱼或挟私报复，向鱼塘内投放大量剧毒药物，严重污染水质，毒死整塘的鱼，使集体的或个人承包的养鱼生产遭到严重破坏，损失修重的，应定破坏生产经营罪，同时还应查明毒物或炸蓟的来源，抑牵连犯有其他罪的，则应从一重罪惩处。

8、盗伐林木的犯罪性质。违反保沪森林法规，秘密地盗伐森林或其他林木，情节严重的，因为本法分则另有规定，构成盗伐林木罪，不以盗窃罪论处；如果不是盗伐生长中的林木，而是盗窃已经采伐下来的木料的，或者偷砍他人房前屋后、自留地上种植的零星树木数额较大的，则应构成盗窃罪。

9、对盗窃珍贵文物的，如果仅属窃取，应定盗窃罪；在盗窃过程中破坏珍贵文物、名胜古迹的，可以按盗窃罪或者破坏珍贵文物、名胜古迹罪中的一重罪从重处罚。

l0、盗窃墓葬，窃取数额较大的财物，应以盗窃罪论处；虽未窃得财物或窃得少量财物的，如情节严重，也应以盗窃罪论处；如果窃取少量财物，情节轻微的，可由公安机关酌情给予治安处罚，盗掘古文化遗址、古墓葬的，应依本法第 328 条之规定。

11、故意盗窃枪支、弹药、爆炸物或公文、证件、印章的，因盗窃的是刑法规定的特定对象，故依法应定盗窃枪支、弹药、爆炸物罪或盗窃公文、证件、印章罪，不以盗窃罪论；如果在盗窃到的手提包中意外地发现放有枪支、弹药，因无盗窃枪支、弹药的故意，仍应以盗窃罪论处；如果盗窃拎包后发现内有枪支、弹约而又私藏的，则构成私藏枪支、弹药罪。

l2、盗窃铁路线上行军设备的零件、部件或者铁路线上的器材，危及行车安全，构成犯罪的，根据 1990 年 9 月 7 日通过的《铁路法》的规定，以破坏交通设备罪论处。

l3、窃取支票骗兑现金或者骗购物品的犯罪性质。窃取他人购买的旅行支票，摹仿失主签字，骗兑现款或者骗购物品的，窃取单位盖过章的空白支票，填写收款单位和金额，骗购物品的，如果数额较大，一般构成盗

窃罪。行为人虽然使用了欺骗手段，但他采用秘密窃取手段取得支票是决定性的，而兑现或购物是继续完成盗窃行为，最终受损失的是丢失支票个人或单位。所以，仍应构成盗窃罪，而不构成票据诈骗罪。如果盗窃犯勾结他人冒充签发支票的个人或单位人员去兑现或购物的，后者如果知道支票是偷来的，构成盗窃罪的共犯；如果不知道支票是偷来的，他冒名顶替，虚构事实，采用欺骗方法占有财物则可定为票据诈骗罪。

14、根据本法第 210 条第 1 款规定，盗窃增值税专用发票或者可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的。依照本条的规定定罪处罚。

15、根据本法第 253 条第 2 款规定，邮政工作人员私自开拆或者隐匿、毁弃邮件、电报而窃取财物的，依照本条的规定即本罪定罪从重处罚。

16、参照最高人民检察院 1989 年 9 月 15 日《关于非邮电工作人员非法开拆他人信件并从中窃取财物案件定性问题的批复》之规定，非邮电工作人员非法开拆他人信件，侵犯通信自由权利情节严重，并从中窃取少量财物，或者窃取汇票、汇款支票，骗取汇兑款数额不大的，依照刑法关于侵犯通信自由罪的规定，从重处罚。非邮电工作人员非法开拆他人信件，侵犯公民通信自由权利，情节严重，并从中窃取少量财物数额较大的，应按照重罪吸收轻罪的原则，依照刑法关于盗窃罪的规定从重处罚。

17、盗窃信用卡并使用的，根据本法第 196 条第 3 款规定，应以盗窃罪治罪。盗窃数额应当根据行为人盗窃信用卡后使用的数额认定。

4.处罚

本罪有 4 个量刑幅度：

1、犯本罪的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金。所谓“数额较大”，根据《解释》是指个人盗窃公私财物价值人民币 5 百元至 2 千元以上。盗窃增值税专用发票或者可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票，其数额较大的起点为 25 份。另外，根据《解释》第 9 条第 1 款规定，盗窃国家三级文物的，亦应依本幅度量刑即处 3 年以下有朔徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金。判处罚金，根据《解释》第 7 条规定，应当在 1 千元以上盗窃数额的 2 倍以下判处罚金；对于依法应当判处罚金刑，但没有盗窃数额或者无法计算盗窃数额的犯罚分子，应当在 1 千元以上 10 万元以下判处罚金（下同）。

2、犯本罪，情节严重的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，判处罚金。所谓情节严重，是指数额巨大或者其他严重情节。所谓数额巨大，根据《解释》，是指个人盗窃公私财物价值人民币 5 千元至 2 万元以上。盗窃增值税专用发票或者可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票，其数额巨大的起点为 250 份。其他严重情节，是指除数额巨大以外的其他严重情节。根据《解释》第 6 条第 3 项之规定，盗窃数额达到“数额较大”的起点，并具有下列情形之一的，可以认定为“其他严重情节”:（1）犯罪集团的首要分子或者共同犯罪中情节严重的主犯；（2）盗窃金融机构的；（3）流窜作案危害严重的；（4）累犯；（5）导致被害人死亡、精神失常或者其他严重后果的；（6）盗窃救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济、医疗款物，造成严重后果的；（7）盗窃生产资料，严重影响生产的；（8）造成其他重大损失的。另外，根据《解释》第 9 条第 l 款之规定，盗窃国家二级文物的，亦应依本幅度最刑即处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金。

3、犯本罪，情节特别严重的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产，情节特别严重，是指数额特别巨大或者其他特别严重情节。所谓“数额特别巨大”，根据《解释》是指个人盗窃公私财物价值人民币 3 万元至 10 万元以上。盗窃增值税专用发票或者可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票，其数额特别巨大的起点为 2500 份，其他特别严重情节，是指除数额特别巨大以外的其他特别严重情节，根据《解释》第 6 条第 3 项之规定，盗窃数额达到“数额巨大”的起点，并具有下列情形之一的，可以认定为“其他特别严重情节”:（1）犯罪集团的首要分子或者共同犯罪中情节严重的主犯；（2）盗窃金融机构的；（3）流窜作案危害严重的；（4）累犯；（5）导致被害人死亡、精神失常或者其他严重后果的；（6）盗窃救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济、医疗款物，造成严重后果的：（7）盗窃生产资料，严重影响生产的；（8）造成其他重大损失的，

另外，根据《解释》第 9 条第 1 款规定，盗窃国家一级文物的，亦要依本幅度量刑即处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

4、犯本罪，具有盗窃金融机构，数额特别巨大或者盗窃珍贵文物，情节严重的情形之一的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。所谓盗窃金融机构，是指盗窃金融机构的经营资金、有价证券和客户的资金等，如储户的存款、债券、其他款物，企业的结算资金、股票，不包括盗窃金融机构的办公用品、交通工具等财物的行为。根据《解释》第 9 条第 3 款规定 :"盗窃珍贵文物，情节严重", 主要是指盗窃国家一级文物后造成损毁、流失 ,无法追回 ;盗窃国家二级文物 3 件以上或者盗窃国家一级文物 1 件以上并具有该解释第 6 条第 3 项第 1、3、4、8 目规定情形之一的行为。

5、在共同盗窃犯罪中，各共犯人基于共同的故意，实施了共同的犯罪行为，应对共同盗窃行为所造成的危害后果负责。审理共同盗窃犯罪案件，应当根据案件的具体情形对各被告人分别作出处理 :(1) 对犯罪集团的首要分子，应当按照集团盗窃的总数额处罚 ;(2) 对共同犯罪中的其他主犯应当按照其所参与的或者组织指挥的共同盗窃的数额处罚。(3) 对共同犯罪中的从犯，应当按照其所参与的共同盗窃的数额确定量刑幅度，并依照本法第？7 条第 2 款的规定，从轻、减轻处罚或者免除处罚。

6、对于依法应当判处罚金刑的盗窃犯罪分子，应当在一千元以上盗窃数额的二倍以下判处罚金；对于依法应当判处罚金刑，但没有盗窃数额或者无法计算盗窃数额的犯罪分子，应当在一千元以上十万元以下判处罚金。

（三）诈骗罪

1.定义

诈骗罪，是指以非法占有为目的，用虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取数额较大的公私财物的行为。

2.特征

（1）主体是自然人一般主体。

（2）客体是公私财物所有权。有些犯罪活动，虽然也使用某些欺骗手段，甚至也追求某些非法经济利益，但因其侵犯的客体不是或者不限于公私财产所有权。所以，不构成诈骗罪。例如：拐卖妇女、儿童的，属于侵犯人身权利罪。诈骗罪侵犯的对象，仅限于国家、集体或个人的财物，而不是骗取其他非法利益。其对象，也应排除金融机构的贷款。因本法已于第 193 条特别规定了贷款诈骗罪。

（3）主观方面是故意，并且具有非法占有公私财物的目的。

（4）客观方面表现为使用欺诈方法骗取数额较大的公私财物。首先，行为人实施了欺诈行为，欺诈行为从形式上说包括两类，一是虚构事实，二是隐瞒真相；从实质上说是使被害人陷入错误认识的行为。欺诈行为的内容是，在具体状况下，便被害人产生错误认识，并作出行为人所希望的财产处分，因此，不管是虚构、隐瞒过去的事实，还是现在的事实与将来的事实，只要具有上述内容的，就是一种欺诈行为。如果欺诈内容不是使他们作出财产处分的，则不是诈骗罪的欺诈行为。欺诈行为必须达到使一般人能够产生错误认识的程度，对自己出卖的商品进行夸张，没有超出社会容忍范围的，不是欺诈行为。欺诈行为的手段、方法没有限制，既可以是语言欺诈，也可以是动作欺诈；欺诈行为本身既可以是作为，也可以是不作为，即有告知某种事实的义务，但不履行这种义务，使对方陷入错误认识或者继续陷入错误认识，行为人利用这种认识错误取得财产的，也是欺诈行为。根据本法第 300 条规定，组织和利用会道门、邪教组织或者利用迷信骗取财物的以诈骗罪论处。

欺诈行为使对方产生错误认识，对方产生错误认识是行为人的欺诈行为所致；即使对方在判断上有一定的错误，也不妨碍欺诈行为的成立。在欺诈行为与对方处分财产之间，必须介人对方的错误认识；如果对方不是因欺诈行为产生错误认识而处分财产，就不成立诈骗罪。欺诈行为的对方只要求是具有处分财产的权限或者地位的人，不要求一定是财物的所有人或占有人。行为人以提起民事诉讼为手段，提供虚假的陈述、提出虚伪的证据，使法院作出有利于自己的判决，从而获得财产的行为，称为诉讼欺诈，成立诈骗罪。

成立诈骗罪要求被害人陷入错误认识之后作出财产处分，财产处分包括处分行为与处分意识。作出这样的

要求是为了区分诈骗罪与盗窃罪。处分财产表现为直接交付财产，或者承诺行为人取得财产，或者承诺转移财产性利益。行为人实施欺诈行为，使他人放弃财物，行为人拾取该财物的，也应以诈骗罪论处。但是，向自动售货机中投入类似硬币的金属片，从而取得售货机内的商品的行为，不构成诈骗罪，只能成立盗窃罪。

欺诈行为使被害人处分财产后，行为人便获得财产，从而使被害人的财产受到损害，根据本条的规定，诈骗公私财物数额较大的，才构成犯罪。根据有关司法解释，诈骗罪的数额较大，以 2000 元为起点。但这并不意味着诈骗未遂的，不构成犯罪。诈骗未遂，情节严重的，也应当定罪并依法处罚。需要研究的是，行为人使用欺诈方法骗取财物，但同时支付了相当价值的物品时，是否成立诈骗罪？有人认为诈骗罪所造成的损害是指被害人整体财产的减少，故上述行为不成立诈骗罪；有人认为是被害人个别财产的丧失，故上述行为仍然成立诈骗罪；还有人认为诈骗罪是对信义诚实的侵害，不要求发生财产损害。我们认为，诈骗罪是对个别财产的犯罪，而不是对整体财产的犯罪。被害人因被欺诈花 3 万元人民币购买 3 万元的物品，虽然财产的整体没有受到损害，但从个别财产来看，如果没有行为人的欺诈，被害人不会花 3 万元购买该物品，花去 3 万元便是个别财产的损害。因此，使用欺诈手段使他人陷入错误认识骗取财物的，即使支付了相当价值的物品，也应认定为诈骗罪。

诈骗罪并不限于骗取有体物，还包括骗取无形物与财产性利益。根据本法第 2l0 条的有关规定，使用欺骗手段骗取增值税专用发票或者可以用于骗取出门退税、抵扣税款的甚他发票的，成立诈骗罪。

3.认定

（1）本罪与非罪的界限

l、诈骗罪与借贷行为的界限。借款人由于某种原因，长期拖欠不还的，或者编造谎言或隐瞒真相而骗取款物，到期不能偿还的，只要没有非法占有的目的，也没有挥霍一空，不赖帐，不再弄虚作假骗人，确实打算偿还的，仍属借贷纠纷，不构成诈骗罪。

2、诈骗罪与代人购物拖欠货款行为的界限。对以代人购买紧缺商品的名义，取走货款，没买到东西，又擅自挪用货款，拖欠不还款的行为，应着重考察其真实目的、双方的关系、事情的起因、代办人的具体行为、拖欠的情节、后果等等，从而正确判断其是否有非法占有的意图。如能明确想代人购物，因故未能买到挪用仍拟归还的，不能以诈骗罪论处。如果以代购为名，行诈骗之实，骗取大量财物，大肆挥霍，根本无意归还，也无力归还的，应以诈骗罪论处。

3、诈骗罪与集资办企业因亏损躲债的界限。如果确实是集资经商办企业，但因经营不善，亏损负债，为躲债而外出，仍属财产债务纠纷。这同诈骗犯以集资办企业为名，捞到钱财就逃之夭夭，以实现其非法占有的目的，有本质区别。

（2）本罪与招摇撞骗罪的界限

两者都使用骗术，后者也可能获得财产利益，这两点相同；但是，主观目的、犯罪手段、财物数额要求和侵犯的客体，均有不同。招摇撞骗罪是以骗取各种非法利益为目的，冒充国家工作人员，进行招摇撞骗活动，是损害国家机关的威信、公共利益或者公民合法权益的行为，它所骗取的不仅包括财物（但无数额多少的限制），还包括工作、职务、地位、荣誉等等，属于妨害社会管理秩序罪。当犯罪分子冒充国家工作人员骗取公私财物时，它就侵犯了财产权利，又损害了国家机关的威信和正常活动，属于牵连犯，应当按照行为所侵犯的主要客体和主要危害性来确定罪名并从重惩罚。如果骗取财物数额不大，却严重损害了国家机关的威信，应按招摇撞骗罪论处；反之，则定为诈骗罪，如果严重地侵犯了两种客体，一般依从一重罪处断的原则按诈骗罪处治；如果先后分别独立地犯了两种罪，互不牵连则应按照数罪并罚原则处理。

（3）本罪与本法规定的其他诈骗犯罪的界限

本法在其余各章节分别规定了集资诈骗罪、贷款诈骗罪、金融票证诈骗罪、信用证诈骗罪、信用卡诈骗罪、有价证券诈骗罪、保险诈骗罪、合同诈骗罪等。这些诈骗犯罪与本罪在主观方面和客观表现方面均相同，但在

主体、犯罪手段、主体要件与对象上均有差别，较易区分。本条因之规定，“本法另有规定的，依照规定。”

4.处罚

根据第 266 条的规定，犯诈骗罪的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

根据《最高人民法院关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》(1996 年 12 月 16 日)的规定：个人诈骗公私财物 2 千元以上的，属于“数额较大”；个人诈骗公私财物 3 万元以上的，属于“数额巨大”。

个人诈骗公私财物 20 万元以上的，属于诈骗数额特别巨大。诈骗数额特别巨大是认定诈骗犯罪“情节特别严重”的一个重要内容，但不是唯一情节。诈骗数额在 10 万元以上，又具有下列情形之一的，也应认定为“情节特别严重”:(1)诈骗集团的首要分子或者共同诈骗犯罪中情节严重的主犯；(2)惯犯或者流窜作案危害严重的；(3)诈骗法人、其他组织或者个人急需的生产资料，严重影响生产或者造成其他严重损失的；(4)诈骗救灾、抢险、防汛、优抚、救济、医疗款物，造成严重后果的；(5)挥霍诈骗的财物，致使诈骗的财物无法返还的；(6)使用诈骗的财物进行违法犯罪活动的；(7)曾因诈骗受过刑事处罚的；(8)导致被害人死亡、精神失常或者其他严重后果的；(9)具有其他严重情节的。

单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员以单位名义实施诈骗行为，诈骗所得归单位所有，数额在 5 万元至 l0 万元以上的，应当依照本法第 152 条的规定追究上述人员的刑事责任；数额在 20 万至 30 万元以上的，依照本法第 l52 条的规定追究上述人员的刑事责任。

对共同诈骗犯罪，应当以行为人参与共同诈骗的数额认定其犯罪数额，并结合行为人在共同犯罪中的地位、作用和非法所得数额等情节依法处罚，已经着手实行诈骗行为，只是由于行为人意志以外的原因而未获取财物的，是诈骗未遂。诈骗未遂，情节严重的，也应当定罪并依法处罚，各省、自治区、直辖市高级人民法院可根据本地区经济发展状况，并考虑社会治安状况，在“2 千元至 4 千元”、“3 万元至 5 万元”的幅度内，分别确定本地区执行的个人诈骗“数额较大”、“数额巨大”，以及单位实施诈骗，追究有关人员刑事责任，参照本条第四款规定的数额，确定适用原《刑法》第 151 条或者第 l52 条的具体数额标准，并报最高人民法院备案。

(四)抢夺罪

1.定义

抢夺罪，是指以非法占有为目的，乘人不备，公然夺取数额较大的公私财物的行为。

2.特征

(1)主体为自然人一般主体。凡年满 16 周岁具备刑事责任能力的自然人均可成为本罪主体。

(2)客体是公私财物的所有权。

(3)主观方面是故意，并且具有非法占有公私财物的目的。行为人明知自己的行为会发生侵害公私财产的结果，并且希望这种结果发生。至于抢夺的动机可能是多种多样的。如为了自己享有而抢夺，为了帮别人而抢夺，不管犯罪的动机如何，只要行为具有非法占有公私财物的目的，就具备了抢夺罪的主观要件。

(4)客观方面表现为乘人不备，出其不意，公然对财物行使有形力，使他人不及抗拒，而取得数额较大的财物的行为。抢夺行为必须公然进行，但不是指必须在不特定人或多数人面前实施抢夺行为，而是指公开夺取财物，或者说在被害人当场可以得知财物被抢的情况下实施抢夺行为。抢夺行为是直接夺取财物的动机，即直接对财物实施暴力而不直接对人的身体行使暴力；实施抢夺行为的，被害人可以当场发觉但来不及抗拒，而不是被暴力制服不能抗拒，也不是受胁迫不敢抗拒。这是抢夺罪与抢劫罪的关键区别。即使行为人夺取财物的行为使被害人跌倒摔伤或者死亡，也不成立抢劫罪；对伤害与死亡结果另成立其他犯罪的，视情况从一重论处或者与抢夺罪实行并罚。但是，如果行为人携带凶器抢夺的，则应以抢劫罪论处。夺取的对象必须是数额较大的公私财物；如果抢夺财物的数额不大，就不以犯罪论处；如果故意抢夺枪支、弹药、爆炸物，则不成立抢夺

罪，而属于危害公共安全的犯罪。

3．犯罪构成的转化。根据第 267 条第 2 款的规定，“携带凶器抢夺的”，依照抢劫罪定罪处罚。这是关于抢夺罪转化为抢劫罪的特别规定。转化的法定条件是行为人携带凶器进行抢夺。所谓“携带凶器”，是指在抢夺财物过程中携带枪支、爆炸物、管制刀具等凶器的行为。应当指出，该款规定并不改变行为人取得财物的行为方式，即乘人不备，公然夺取，也不要求行为人在抢夺财物过程中实际使用甚至出示凶器，否则，就直接适用抢劫罪的规定而不必转化了。但是，携带凶器实施抢劫往往会强化作案心理，行为人因以凶器为后盾而有恃无恐，因而具有比单纯性的抢夺罪更大的社会危害性。这也是立法者作出本款规定的重要原因。它表明抢夺罪的犯罪构成遇到携带凶器这一法定条件并相互作用，从而使原有的犯罪构成发生整体性的变化，即转化成抢劫罪的犯罪构成。

3.认定

（1）抢夺罪与非罪的界限

抢夺数额较大的公私财物是构成抢夺罪的重要条件。此外，抢夺的情节对认定抢夺罪也具有影响。因此，抢夺公私财物数额不大，情节显著轻微的，不构成抢夺罪．

（2）抢夺罪与抢劫罪的界限

抢夺罪与抢劫罪都以非法占有公私财物为目的，犯罪主体也基本相同，并且都带一个“抢”字。但两者也有较大的区别：(1）犯罪客体不完全相同。抢劫罪不仅侵犯公私财物所有权，而且侵犯被害人的人身权利，而抢夺罪只侵犯公私财物所有权。(2)犯罪的客观方面表现不同。□抢劫罪是以暴力、胁迫或者其他方法，劫取公私财物，并且法律上没有数额的限制；而抢夺罪则是乘人不备，公然从财物所有人手中抢走财物，并且法律要求数额较大时才构成犯罪。

（3）抢夺罪可能同时构成其他犯罪

在实施抢夺时，行为人往往是乘人不备，这样可能使被害人被拽倒摔伤，甚至致死；行为人行抢后逃离现场，也有可能将他人撞倒摔伤，甚至致死。由于这种情况不是行为人故意使用暴力造成的，故不能以抢劫罪论处。如果只造成轻伤，可作为抢夺罪的从重情节在量刑时予以考虑。如果致人重伤或者死亡，应根据行为人行为时的罪过形式，构成其他犯罪的，与抢夺罪实行数罪并罚。

4.处罚

根据第 267 条的规定，抢夺公私财物,数额较大的，□处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

（五）职务侵占罪

1.定义

职务侵占罪，是指公司、企业或者其他单位的人员利用职务上的便利，将本单位财物占为己有，数额较大的行为。

2.特征

（1）主体为特殊主体，包括公司、企业或者其他单位的人员。具体是指三种不同身份的自然人，一是股份有限公司、有限责任公司的董事、监事，这些董事、监事必须不具有国家工作人员身份，他们是公司的实际领导者，具有一定的职权，当然可以成为本罪的主体。二是上述公司的人员，是指除公司董事、监事之外的经理、部门负责人和其他一般职员和工人。这些经理、部门负责人以及职员也必须不具有国家工作人员身份，他们或有特定的职权，或因从事一定的工作，可以利用职权或工作之便侵占公司的财物而成为本罪的主体，三是上述公司以外企业或者其他单位的人员，是指集体性质企业、私营企业、外商独资企业的职工，国有企业、公司、中外合资、中外合作企业等中不具有国家工作人员身份的所有职工。综上，凡具有国家工作人员身份的人

员，利用职务或者工作上的便利，侵占本单位的财物的，应依照本法第 382，383 条关于贪污罪的规定处罚，不具有国家工作人员身份的，利用职务上的便利，侵占本单位财物，则按本罪论处。这里所说的“国家工作人员”是指在国有公司、企业或者其他公司、企业中行使管理职权，并具有国家工作人员身份的人员，包括受国有公司、国有企业委派或者聘请，作为国有公司、国有企业代表，在中外合资、合作、股份制公司、企业等非国有公司企业中，行使管理职权，并具有国家工作人员身份的人员。具有国家工作人员身份的人，不能成为本罪的主体。

（2）客体是公司、企业或者其他单位的财物所有权。公司是指按照《中华人民共和国公司法》规定设立的非国有的有限责任公司和股份有限公司；企业是指除上述公司以外的非国有的经过工商行政管理机关批准设立的有一定数量的注册资金及一定数量的从业人员的营利性的经济组织，如商店、工厂、饭店、宾馆及各种服务性行业、交通运输行业等经济组织；其他单位，是指除上述公司、企业以外的非国有的社会团体或经济组织，包括集体或者民办的事业单位，以及各类团体。职务侵占罪侵犯的对象是公司、企业或者其他单位的财物，包括动产和不动产所谓“动产”，不仅指已在公司、企业、其他单位占有、管理之下的钱财（包括人民币、外币、有价证券等），而且也包括本单位有权占有而未占有的财物，如公司、企业或其他单位拥有的债权。就财物的形态而言，犯罪对象包括有形物和无形物，如厂房、电力、煤气、天然气、工业产权，等等。

（3）主观方面是直接故意，且具有非法占有公司、企业或其他单位财物的目的。即行为人妄图在经济上取得对本单位财物的占有、收益、处分的权利。至于是否已经取得或行使了这些权利，并不影响犯罪的构成。

（4）客观方面表现为利用职务上的便利，侵占本单位财物，数额较大的行为具体而言，包括以下三个方面：

1、必须是利用自己的职务上的便利，所谓利用职务上的便利，是指利用职权及与职务有关的便利条作。职权，是指指本人职务、岗位范围内的权力，与职务有关的便利条件，是指虽然不是直接利用职务或岗位上的权限，但却利用了本人的职权或地位所形成的便利条件，或通过其他人员利用职务或地位上的便利条件。包括：（1）利用自己主管、分管、经手、决定或处理以及经办一定事项等的权力；（2）依靠、凭借自己的权力去指挥、影响下属或利用其他人员的与职务、岗位有关的权限；（3）依靠、凭借权限、地位控制、左右其他人员，或者利用对己有所求人员的权限，如单位领导利用调拨、处置单位财产的权力；出纳利用经手、管理钱财的权利；一般职工利用单位暂时将财物，如房屋等交给自己使用、保管的权利等。至于不是利用职务上的便利，而仅是利用工作上的便利如熟悉环境、容易混人现场、易接近目标等，即使取得了财物，也不是构成本罪，构成犯罪的，应当以他罪如盗窃罪论处。

2、必须有侵占的行为。本单位财物，是指单位依法占有的全部财产，包括本单位以自己名义拥有或虽不以自己名义拥有但为本单位占有的一切物权、无形财物权和债权。其具体形态可是建筑物、设备、库存商品、现金、专利、商标等。所谓非法占为己有，是指采用侵吞、窃取、骗取等各种手段将本单位财物化为私有，既包括将合法已持有的单位财物视为己物而加以处分、使用、收藏即变持有为所有的行为，如将自己所占有的单位房屋、设备等财产等谎称为自有，标价出售；将所住的单位房屋，过户登记为己有；或者隐匿保管之物，谎称已被盗窃、遗失、损坏等等，又包括先不占有单位财物但利用职务之便而骗取、窃取、侵吞、私分从而转化为私有的行为。不论是先持有而转为己有还是先不持有而采取侵吞、窃取、骗取方法转为己有，只要本质上出于非法占有的目的，并利用了职务之便作出了这种非法占有的意思表示，达到了数额较大的标准，即可构成本罪。值得注意的是，行为人对本单位财物的非法侵占一旦开始，便处于继续状态，但这只是非法所有状态结果的继续，并非本罪的侵占行为的继续。侵占行为的完成，则应视为既遂。至于未遂，则应视侵占行为是否完成而定，如果没有完成，则应以未遂论处，如财会人员故意将某笔收款不入帐，但未来得及结帐就被发现，则应以本罪未遂论处。

3、必须达到数额较大的程度如果仅有非法侵占公司、企业及其他单位财物的行为，但没有达到数额较大的

标准，则也不能构成本罪。至于数额较大的起点数额，参照最高人民法院《关于办理违反公司受贿、侵占、挪用等刑事案件适用法律若干问题的解释》之规定，是指侵占公司、企业等单位财物 5000 元至 2 万元以上的。

3.认定

（1）本罪与贪污罪的界限

主要区别是：1、主体要件不同，本罪的主体是公司、企业或者其他单位的人员。无论是股份有限公司、有限责任公司，还是国有公司、企业、中外合资、中外合作、集体性质企业、外商独资企业、私营企业等中不具有国家工作人员身份的一切职工都可成为本罪的主体，贪污罪的主体则只限于国家工作人员，其中包括在国有公司、企业或者其他公司、企业中行使管理职权，并具有国家工作人员身份的人员，包括受国有公司、国有企业委派或者聘请，作为国有公司、国有企业代表，在中外合资、合作、股份制公司、企业等非国有单位中，行使管理职权，并具有国家工作人员身份的人员。2、犯罪行为不同，本罪是利用职务的便利，侵占本单位财物的行为。而贪污罪是指利用职务上的便利侵吞、盗窃、骗取公共财物的行为。3、犯罪对象不同。本罪的对象必须是自己职权范围内或者是工作范围内经营的本单位的财物。它既可能是公共财物，也可能是私有财物。而贪污罪则只能是公共财物。4、情节要件的要求不同。本罪的构成必须是侵占公司、企业财物数额较大的行为，数额较小的不构成犯罪。但法律对贪污罪没有规定数额的限制。当然如果犯罪数额较小，情节显著轻微危害不大的贪污行为不应认为是犯罪。5、法定刑上有所不同。本罪的最高法定刑只有十五年有期徒刑，而贪污罪的最高法定刑为死刑。

（2）具有国家工作人员身份的人员与公司、企业或者其他单位的人员共同侵占单位财物如何定性处理

对此有两种不同意见：一种意见是按主犯的基本特征定性，如主犯具有国家工作人员身份的，那么同案犯都定贪污罪；如主犯的身份是公司、企业或者其他单位的人员，那么具有国家工作人员身份的同案犯定侵占罪。另一种意见是：如果主犯的身份是公同、企业或者其他单位的人员，那么全案郁定侵占罪；如果主犯的身份是国家工作人员，应分别定罪，具有国家工作人员身份的定贪污罪，公司、企业或者其他单位的人员定侵占罪。

（三）本罪与盗窃罪的界限

两种犯罪都是以非法占有财物为目的，侵犯财产所有权的犯罪。主要区别是：1、主体不同、本罪的主体是特殊主体，盗窃罪的主体为一般主体。2、犯罪对象不同，本罪对象只能是本单位的财物；而盗窃罪的对象是他人财物，包括公私财物，而且多为犯罪行为前不被自已所控制的他人财物。3、犯罪手段不同。本罪是利用职务的便利侵占实际掌管的本单位财物；而盗窃罪则是采用秘密窃取的手段获取他人财物的行为。4、法定刑不同。本罪最高法定刑是十五年有朋徒刑，法定刑较轻，且量刑的幅度较小；而盗窃罪的最高法定刑为死刑，量刑幅度较宽。

（4）本罪与诈骗罪的界限

两种犯罪都是以非法占有为目的，侵犯财产所有权的行为，两者的主要区别就在于：1、主体不同，本罪主体是特殊主体，必须是公司、企业或者其他单位的人员；而诈骗罪的主体为一般主体。2、犯罪对象不同。本罪的对象是本公司企业的财物，这种财物实际上已被行为人所掌握，而诈骗罪的对象是不为自己实际控制的他人财物。3、犯罪的行为不同。本罪是利用职务上的便利侵占本单位的财物；而诈骗罪则是用虚构的事实或者隐瞒事实真相的方法骗取他人的财物。

（5）本罪与侵占罪的界狠

主要区别是：1、本罪的主体是公司、企业或者其他单位的工作人员，且非国家工作人员，为特殊主体；而后者的主体为一般主体，即达到刑事责任年龄具有刑事责任能力的自然人。2、本罪在主观方面表现为明知是单位的财物而决意采取侵吞、窃取、欺诈等手段非法占为己有；而后罪的主观内容则明知是他人的代为保管的财物、遗忘物或埋藏物而决意占为己有，拒不交还。3、本罪在客观方面表现为利用职务之便将单位财物非法占为己有，即化公为私。但行为人必须利用职务上的便利，采取的是侵吞、窃取、骗取等手段，但财物是否先已为

其持有则不影响本罪成立；而后者则必先正当、善意、合法地持有了他人的财物，再利用各种手段占为己有且拒不交还，行为不必要求利用职务之便。4、本罪所侵犯的对象是公司、企业或者其他单位的财物，其中既有国有的，也有集体的，还有个人的：后罪所侵犯的仅仅是他人的 3 种特定物，即系为自己保管的他人财物、遗忘物或者埋藏物。他人仅是指个人，而不包括单位。5、本罪所侵犯的客体是公私财物的所有权；而后罪所侵犯的仅是他人财物的所有权。6、本罪不属于告诉才处理的案件，而后者则只有告诉的才处理。

4.处罚

第 2 7 1 条规定，犯职务侵占罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处 5 年以上有期徒刑，可以并处没收财产。

（六）挪用资金罪

1.定义

挪用资金罪，是指公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人，数额较大，超过 3 个月未还的；或者数额较大、进行营利性活动的，或者进行非法活动的行为。

2.特征

(1）主体是特殊主体，即公司、企业或者其他单位的工作人员。具体包括三种不同身份的自然人，一是股份有限公司、有限责任公司的董事、监事，二是上述公司的工作人员，是指除公司董事、监事之外的经理、部厂]负责人和其他一般职工。上述的董事、监事和职工必须不具有国家工作人员身份。三是上述企业以外的企业或者其他单位的职工，包括集体性质的企业、私营企业、外商独资企业的职工，另外在国有公司、国有企业、中外合资、中外合作股份制公司、企业中不具有国家工作人员身份的所有其他职工以及受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托，管理、经营国有财产的非国家工作人员。具有国家工作人员身份的人，不能成为本罪的主体，只能成为挪用公款罪的主体。

（2）客体是公司、企业或者其他单位资金的使用收益权，对象则是本单位的资金。所谓本单位的资金，是指由单位所有或实际控制使用的一切以货币形式表现出来的财产。

（3）主观方面是故意，并且具有挪用资金归个人使用或者借贷给他人的目的。

(4）客观方面表现为行为人利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人，数额较大、超过三个月未还的或者虽未超过三个月，但数额较大、进行营利活动的，或者进行非法活动的行为，具体地说，它包含以下三种行为：

1、挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人，数额较大、超过三个月未还的。这是较轻的一种挪用行为。其构成特征是行为人利用职务上主管、经手本单位资金的便利条件而挪用本单位资金，具用途主要是归个人使用或者借贷给他人使用，但未用于从事不正当的经济活动，而且挪用数额较大，且时间上超过三个月而未还。根据最高人民法院《关于办理违反公司法受贿、侵出、挪用等刑事案件适用法律若干问题的解释》的规定，挪用本单位资金一万元至三万元以上的，为“数额较大”。

2、挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人，虽未超过三个月，但数额较大，进行营利活动的，或者进行非法活动的。这种行为没有挪用时间是否超过三个月以及超过三个月是否退还的限制，只要数额较大，且进行营利活动或非法活动的就构成犯罪。所谓“营利活动”主要是指进行经商、投资、购买股票或债券等活动。所谓“非法活动”。就是指将挪用来的资金用来进行走私、赌博等活动。这里的“数额较大”, 根据最高人民法院《关于办理违反公司法受贿、侵占、挪用等刑事案件适用法律若干问题的解释》的规定，是指挪用本单位资金五千元至二万元以上的。

行为人只要具备上述三种行为中的一种就可以构成本罪，而不需要同时具备，上述挪用资金行为必须是利用职务上的便利，所谓利用职务上的便利，是指公司、企业或者其他单位中具有管埋、经营或者经手财物职责

的经理、厂长、财会人员、购销人员等，利用其具有的管理、调配、使用、经手本单位资金的便利条件，将资金挪作他用。

3.定罪

（1）挪用资金罪与非罪的界限

挪用本单位资金的行为，有一般的挪用本资金的违法违纪行为和挪用本单位资金的犯罪行为之分。区分二者之间的界限，我们认为，主要可以从以下两个方面分析：其一，挪用本资金的数额。这是衡量挪用本单位资金的行为的社会危害性的一个重要方面，对于挪用单位资金罪中“数额较大，超过 3 个月未还的”、“虽未超过 3 个月，但数额较大、进行营利活动的”这两种情形来说，“数额较大”是构成犯罪的必备要件。因此，在这种情况下，是否达到“数额较大”，就成为区分一般的挪用本单位资金的违法违纪行为和挪用单位资金罪的重要标准之一。对于挪用单位资金罪中“进行非法活动的”这种情况，虽然本法并未规定数额上的要求，但是，从有关的司法解释的精神看，挪用数额很小，社会危害性不大的，并不作为犯罪，而只是作为一般的违法违纪行为处理。其二，挪用本单位资金的时间。这是衡量挪用本单位资金的行为的社会危害性的另一个重要方面。对于本罪中“数额较大、超过 3 个月未还的”这种情况而言，“超过 3 个月未还”就是构成挪用资金罪的必备要件。在这种情况下，挪用本单位资金是否超过 3 个月未还就成为区分一般的挪用本单位资金的违法违纪行为和挪用资金罪的界限的重要标准之一。对于挪用资金罪中“虽未超过 3 个月，但数额较大、进行营利活动的”、“进行非法活动的”这两种情况，虽然本法中并无时间长短的要求，但是，如果挪用的时间很短，造成的社会危害性不大，可以作为本法第 13 条规定的“情节显著轻微危害不大”的情况，不认为是犯罪，作为一般的挪用本单位资金的违法违纪行为处理。

(2)挪用资金罪与职务侵占罪的界限

主要区别是：1、侵犯的客体和时象不同。挪用资金罪侵犯的客体是公司、企业或者其他单位的资金的使用权，对象是公司、企业或者其他单位的资金；职务侵占罪侵犯的客体是公司、企业或者其他单位的资金的所有权，对象是公司、企业或者其他单位的财物，既包货币形态的资金和有价证券等，也包括实物形态的公司财产，如物资、设备等。2、在客观表现不同。挪用资金罪表现为公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人，数额较大、超过 3 个月未还的，或者虽未超过 3 个月，但数额较大、进行营利活动的，或者进行非法活动的行为；职务侵占罪表现为，公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。挪用资金罪的行为方式是挪用，即未经合法批准或许可而擅自挪归自己使用或者借贷给他人；职务侵占罪的行为方式是侵占，即行为人利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法法占有本单位财物。挪用本单位资金进行非法活动的，并不要求“数额较大”即可构成犯罪；职务侵占罪只有侵占本单位财物数额较大的，才能构成。3、在主观上不同。挪用资金罪行为人的目的在于非法取得本单位资金的使用权，但并不企图永久非法占有，而是准备用后归还；职务侵占罪的行为人的目的在于非法取得本单位财物的所有权，而并非暂时使用。挪用本单位资金数额较大不退还的，这里所说的不退还，是指在挪用本单位资金案发后，人民检察院起诉前不退还。一般认为，在实际生活中，挪用本单位资金不退还的，分为两种情况：一种是主观上想退还，但客观上无能力退还，另一种是客观上虽有能力退还，但主观上已发生变化，先前的挪用本单位资金的故意已经转化为侵占该资金的故意。在司法实践中，如果行为人在挪用本单位资金后，确属犯罪故意发生转变，不再想退还，而是企图永久非法占为己有，在客观上有能力退还而不退还的，因为属于刑法中的转化犯，仍应根据处理转化犯的原则，直接以职务侵占罪定罪处罚。

（3）挪用资金罪与挪用公款罪的界限

根据本法第 384 条的规定，挪用公款罪是指国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动的，或者挪用公款数额较大、进行营利活动的，或者挪用公款数额较大、超过 3 个月未还的行为、挪用资金罪与挪用公款罪在客观上都表现为利用职务上的便利挪用资金的行为，在主观上都是挪用的故意，有时

犯罪对象也可能都是公司、企业或者其他单位的资金。但是，这两种犯罪也有以下主要区别：1、侵犯的客体和犯罪对象不同。挪用资金罪侵犯的客体是公司、企业或者其他单位的资金的使用权，对象是公司、企业或者其他单位的资金，其中，既包括国有或者集体所有的资金，也包括公民个人所有、外商所有的资金。挪用公款罪侵犯的客体是公款的使用权和国家机关的威信、国家机关的正常活动等，既有侵犯财产的性质，又有严重的渎职的性质，因此，本法将挪用公款罪规定本法分则第八章的贪污贿赂罪专章中，而不是“侵犯财产罪”专章中。挪用公款罪侵犯的对象限于公款，其中主要是国有财产和国家投资、参股的单位财产，即国家机关、国有公司、企业、事业单位等所有的款项。挪用公款罪和挪用资金罪侵犯的对象不同，客体不同，社会危害性程度也有较大的差别。本法第 384 条规定的挪用公款罪在客观上的三种不同情形的排列顺序，与本条第 1 款规定的挪用资金罪在客观上的三种不同情形的排列顺厉不同，也说明立法者对这两种犯罪打击的重点的不同。在处罚上挪用公款罪也比挪用资金罪严厉得多。2、犯罪主体不同。挪用资金罪的主体是公司、企业或者其他单位的工作人员，但国家工作人员除外。挪用公款罪的主体是国家工作人员，包括国家机关中从事公务的人员，国有公司、企业事业单位、人氏团体中从事公务的人员，国家机关、国有公司、企业事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员，以及其他依照法律从事公务的人员。因此，本条第 2 款明确规定，国有公司、企业或者其他国有单位中从事公务的人员和国有公司、企业或者其他国有单位委派到非国有公司、企业以及其他单位从事公务的人员，利有职务上的便利，挪用本单位资金的，依照本法典第 384 条关于挪用公款罪的规定定罪处罚。

（4）挪用资金罪与挪用特定款物罪的界限

根据本法第 273 条的规定，挪用特定款物罪是指挪用用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物，情节严重，致使国家和人民群众利益遭受重大损害的行为。挪用资金罪和挪用特定款物罪都是挪用性质的犯罪，主要区别是：1、侵犯的客体和对象不问。挪用资金罪侵犯的客体是公司、企业或者其他单位的资金的使用权，对象是公司、企业或者其他单位的资金，挪用特定款物罪侵犯的客体是国家对用于救灾、抢险、防汛、优扰、扶贫、移民、救济款物专款专用的财经管理制度和公共财物的使用权，对象是用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济的特定物款，既包括用于上述用途的由国家预算安排的民政事业经费，也包括临时调拨的专款物，还包括其他由国家、集体或者人民群众募捐的用于上述用途的特定款物等。2、在客观上的表现不同。挪用资金罪表现为，公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人，数额较大、超过三个月未还的，或者虽未超过三个月，但数额较大、进行营利活动的，或者进行非法活动的行为，挪用特定款物罪表现为，挪用用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物，情节严重，致使国家和人民群众利益遭受重大损害的行为。挪用资金罪中行为人挪用的资金，可以归个人使用，也可以借贷给他人，挪用特定款物罪是行为人未经合法批准，利用特定的职权，将特定款物非法调拨、使用于其他方面，如修建楼堂馆所、购买小汽年及办公设备，进行生产、经营性的投资等，不能用于个人。国家工作人员挪用前述特定款物归个人使用的，以挪用公款罪从重处罚。3、犯罪主体不同。挪用单位资金罪的主体是公司、企业或者其他单位的工作人员，不包括国家工作人员。挪用特定款物罪的主体是在国家机关等单位支配、管理特定款物的主管人员等直接责任人员。4、主观上不同，挪用资金罪中行为人的故意内容是，明知是其所在的公司、企业或者其他单位的资金，意图利用职务上的便利，挪归个人使用或者借贷给他人。挪用特定款物罪中行为人的故意内容是，明知是用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物专用，却挪作他用。

4.处罚

根据第２７２条的规定，犯挪用单位资金罪的，处３年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，或者数额较大不退还的，处３年以上１０年以下有期徒刑。

(七)侵占罪

1.定义

侵占罪，是指以非法占有为目的，将为他人保管的财物或者他人的遗忘物、埋藏物占为己有，数额较大且拒不交还的行为。

2.特征

（1）主体为一般主体，凡年满 16 周岁具有刑事责任能力的自然人均可构成本罪。

（2）客体是他人财物的所有权。本罪的犯罪对象为他人的交给自己保管的财物、遗忘物和埋藏物。所谓他人的交给自己保管的财物即代为保管的他人财物，是指通过他人委托或依照契约或有关规定而为他人收藏、管理的财物，所谓他人的遗忘物，是指出于自己的本意，本应带走却因遗忘没有带走的财物，如买东西将物品忘在柜台上，到他人家里玩将东西遗忘在人家家里，乘坐出租车把财物遗忘在车里等。应当提出，遗忘物不等于遗失物。后者是失主丢失的财物，失去对财物的控制时间相对较长，一般也不知道丢失的时间和地点，拾捡者一般不知道也难以找到丢失之人。而遗忘物，则是刚刚、暂时遗忘之物，遗忘者对之失去的控制时间相对较短，一般会很快回想起来遗忘的时间与地点，回来寻找，而拾拣者一般也知道遗忘者是谁。遗忘物也不同于遗弃物，后者则是所有人或保管者不再需要而基于自己的意志加以处分而抛弃的财物。所谓埋藏物，是指为隐藏而埋于地下之物，如埋在自己院子里的钱财、埋在坟墓中的珠宝等。埋藏物不同于地下的文物，后者年代久远，具有历史、文化、科学、艺术价值，一般应属于国家所有。总之，无论是代为保管之物还是遗忘物以及埋藏物都必须是他人的财物。所谓他人，在这里仅指公民个人，不包括国家或单位。国家、单位之物基于委托或其他原因而由他人代管的，行为人如果非法占为己有，则应构成贪污罪或者职务侵占罪，他人遗忘的财物，财物的所有权虽然可能是国家或单位的，但遗忘行为仅是个人行为，其应对遗忘之物承担赔偿责任。因此，从本质上讲，仍属于遗忘者个人之物。至于埋藏物，国家和单位一般不会为了隐藏而埋于地，因此，不会存在本罪意义上的埋藏物。至于这些财物的表现形式，则可多种多样，既可以是动产，又可以是不动产；既可以是有形物，又可以是无形物；既可以是合法之物，又可以是违禁品、赃物；等等。

（3）主观方面必须出于故意，即明知属于他人交与自己保管的财物、遗忘物或者埋藏物而仍非法占为己有。过失不能构成本罪。构成本罪还必须具有非法占有的目的。仅有故意而无非法占有之目的，如故意毁坏所代管的他人财物、遗忘物或者埋藏物，或者要求他人偿付因代管等支出的费用而迟延交还的或者因不小心毁坏或丢失的等，就不能以本罪论处。

(2）客观方面表现为将他人的交由自己代为保管的财物、遗忘物或者埋藏物非法占为己有，数额较大，拒不交还的行为。

1、要有通过正当、善意、合法的手段，持有他人财物的行为。这是构成本罪的重要前提，也是本罪区别于其他犯罪的重要特征。如果不是通过正当、善意、合法的手段持有该财物即持有该财物就具有非法性，则不可能构成本罪。合法持有，其形式多种多样，如接受他人的馈赠，通过合法交易等，但本罪的合法持有，根据刑法的规定，仅包括以下三种情况：（1）代为保管，既包括受他人委托，代为收藏、管理其财物，如寄存、委托暂时照看，又包括未受委托因无因管理而代为保管他人的财物；既包括依照有关规定而由其托管的财物，如无行为能力的未成年人、精神病人的财物依法应由其监护人代为保管，又包括依照某种契约如借贷、租赁、委托、寄托、运送、合伙、抵押等而持有代为保管，但因职务或工作上的关系代为保管本单位的财物的，不属于本罪的代为保管。行为人如果将财物非法占有的不是构成本罪，而是构成贪污罪或职务侵占罪。（2）拾捡他人的遗忘物。（3）发掘得到他人的埋藏物，但这种发掘得到不能属于非法。其一般应出于善意偶然得到，如果其本身非法，如盗掘他人埋在坟墓中的财物，或明知他人将某物埋下而故意盗掘得到，就不是构成本罪，这时构成犯罪，也应以盗窃罪论处。

2、必须是将他人的财物非法占为己有，拒不交还的行为。所谓占为己有，是指应当将他人交为自己保管的财物、遗忘物或者埋藏物当成自己的财物，以所有人自居，擅自加以处分、使用和收益。有的是将财物出售、赠与他人，有的是出租、消费、充抵债务、设定抵押加以使用，但不能包括故意毁坏这种处分。具有后者这种

行为，应以故意毁坏财物罪治罪科刑。所谓拒不交还，是指依法、依约而当将他人的财物退回而拒不退回，如财物所有人明确提出交还并举有证据证明属及所有，行为人仍视而不见，明确表示不予旧还；或者虽然表示归还，但事后又擅自处分致使实际无法交还；或者采用诸如谎称财物被盗、丢失等欺骗手段而拒不归还；或者携带财物逃离他乡而拒不归还；或者已经非法处分而拒不追回或者赔偿的等等，当然，行为人如果最终还是交出或者退还了财物，或者是在他人明确提出主张交还前处理了财物事后已作了或答应赔偿的，甚至是在他人提出主张后还擅自处分财物但又作了赔偿的，等等，就不应以本罪论处。

3.认定

（1）侵占罪属于亲告罪，即“告诉才处理”的犯罪

依照第270条和《刑法》第87条的规定，对于数额较大的侵占罪，追诉期限为5年；对于“数额巨大或者有其他严重情节”的侵占罪，追诉期限为10年。追诉期限应从被害人知道其财物被非法侵占之日起计算。

（2）侵占罪与盗窃罪的界限

主要区别是：(1)犯罪故意产生的时间不同。侵占行为人是在持有财物之后才产生犯罪故意，而盗窃罪行为人是在没有占有财物之前就产生犯罪故意。(2)行为对象不尽相同。侵占罪对象是行为人业已持有的公私财物，有其特定性，盗窃罪对象则是他人持有的公私财物。(3)客观方面不尽相同。侵占罪客观方面表现为侵占行为，即将财物变持有为所有的行为，盗窃罪客观方面表现为秘密窃取的行为，即行为人采取主观上自认为不会被财物的所有者、保管者发觉的方法窃取其财物。

（3）侵占罪与贪污罪的界限

主要区别是：1、犯罪对象不同，贪污罪只限于公共财产，且不能是不动产而侵占罪不仅可以是公共财物，还可以是私人财物，且包括不动产；2、犯罪主体不同。侵占罪的主体是一般主体，只要是代为保管他人财物且对其加以侵占的人，均可成为本罪的主体。贪污罪的主体是特殊主体，即国家工作人员。3、犯罪客观方面表现不同。贪污罪表现为行为人必须利用职务上的便利，即利用自己职务范围内的权力和地位所形成的经手管理公共财物的便利条件。而侵占罪中行为人是否利用职务上的便利，并不影响该罪的成立。

4.处罚

第270条规定，犯本罪的，处2年以下有期徒刑，拘役或者罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处2年以上5年以下有期徒刑，并处罚金。

（八）敲诈勒索罪

1.定义

敲诈勒索罪，是指以非法占有为目的，对公私财物的所有人、管理人实施威胁或者要挟的方法，强行索取数额较大的公私财物的行为。

2.特征

（1）主体为自然人一般主体。凡达到法定刑事责任年龄且具有刑事责任能力的自然人均能构成本罪。

（2）客体是财产，有时也侵犯他人的人身权利或者其他权益。

（3）主观方面由故意构成，并且具有非法占有公私财物的目的。

（4）客观方面表现为对公私财物的所有人、管理人实施威胁或者要挟，迫使其当场或者限期交出数额较大的公私财物的行为。所谓威胁或者要挟的方法，是指对被害人及其亲属以将要实施杀害、伤害等暴力或者将要揭发或张扬其违法犯罪行为、隐私，毁坏其财物等相威胁，迫使其交出财物。从威胁或者要挟的方式上看，可以当面，也可以通过他人转达；可以口头，也可以书面；可以是明示，也可以是暗示。从内容上看，有的对被害人及其亲属实施杀害或伤害相威胁；有的以揭发、张扬被害人的违法犯罪行为、隐私进行要挟；有的以毁坏被害人及其亲属的财产相威胁；有的以凭借、利用某种权势损害被害人的切身利益进行要挟等，从取得他人财物的时间上看，既可以迫使被害人当场交出，也可以限期交出，总之，犯罪分子是通过对公私财物的所有人、

管理人实行精神上的强制，使之产生恐惧、害怕心理，不得已而交出财物。这是本罪区别于其他侵犯财产罪的显著特点。

从敲诈勒索罪的构成结构上看，除了基本的犯罪构成外，本罪还有特殊的犯罪构成，即“数额巨大或者有其他严重情节的”特别构成。所谓“其他严重情节”，主要是指多次实施敲诈勒索的；对违法犯罪嫌疑人知情不举，乘机敲诈勒索的；因敲诈勒索造成被害人精神失常、自杀或者其他严重后果的；敲诈勒索的首要分子等。

3.认定

（1）划清罪与非罪的界限。修订后的本罪增补了“数额较大”这一构成要件。因此，索取公私财物数额较小的行为，不构成敲诈勒索罪。此外，在讨回合法债务过程中，行为人使用了威胁或者要挟的行为，也不能以本罪论处。

（2）既遂与未遂的界限

行为人使用了威胁或要挟手段，非法取得了他人的财物，就构成了敲诈勒索罪的既遂。如果行为人仅仅使用了威胁或要挟手段，被害人并未产生恐惧情绪，因而没有交出财物；或者被害人虽然产生了恐俱，但并未交出财物，均属于敲诈勒索罪的未遂。

（3)划清敲诈勒索罪与以胁迫为手段的抢劫罪的界限。虽然两者在客观上都使用威胁手段,但威胁的内容、方式等有明显不同:(1)从威胁的内容上看，敲诈勒索罪的威胁内容较为广泛，可以是以暴力相威胁，也可以是以张扬隐私、毁坏财物等相要挟，而抢劫罪的威胁内容，仅限于以暴力相威胁。(2)从威胁的方式看，敲诈勒索罪的威胁可以由犯罪分子以口头或书面形式向被害人提出，也可以通过他人提出；而抢劫罪的暴力威胁只能由犯罪分子面对被害人当场口头发出。(3)从实现威胁的现实可能性看，敲诈勒索罪的暴力威胁表现为如果被害人不答应要求将要对其实施暴力的威胁，不具有当场实施暴力的现实可能性；而抢劫罪的威胁具有当场付诸实施的现实可能性，即如果被害人拒不交出财物，犯罪分子就会当场实施暴力。(4)从非法取得财物的时间看，敲诈勒索罪取得财物的时间，可以是在实施威胁、要挟的当场取得，但更多的是在发出威胁、要挟后的一定期限内取得财物；而抢劫罪是当场取得财物。

（4）敲诈勒索罪与招摇撞骗罪的界限

在实践中，有些犯罪分子往往假冒公安人员、海关缉查人员、工商管理人员以及税务人员等国家工作人员的身份，敲诈他人钱财，似乎与招摇撞骗罪相同，实则构成敲诈勒索罪。这两种犯罪的主要区别是：1、行为特征不同。招摇撞骗罪是以骗为特征，完全以假象蒙蔽被害人；敲诈勒索行为虽然也可能含有欺骗的成份，但却以威胁或要挟为特征。2、造成被害人交出财物的心理状态不同。在招摇撞骗罪中，被害人在受骗后，“自愿”交出财物或出让其他合法权益；而敲诈勒索行为则造成被害人精神上的恐惧，出于无奈，被迫交出财物或出让其他财产性利益。3、获取利益的范围不同。招摇撞骗罪所获取利益范围比较广泛，既包括财物或财产性利益，又包括非财产性利益，如骗取某种职称或职务，政治待遇或荣誉称号等；敲诈勒索罪所获取的仅限于财物。4、侵犯的客体不同。招摇撞骗罪侵犯的客体是国家机关的威信及社会管理秩序；敲诈勒索罪所侵犯的客体是公私财物的所有权和公民人身权利以及其他合法权益。

4.处罚

根据第274条的规定，犯敲诈勒索罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制。数额巨大或者有其他严重情节的，处3年以上10年以下有期徒刑。

二、重点界限（抢劫罪与抢夺罪的界限；抢劫罪与故意杀人罪的界限；侵占罪与盗窃罪的界限；抢劫罪与敲诈勒索罪的界限）

（一） 抢劫罪与抢夺罪的界限

抢夺罪与抢劫罪都以非法占有公私财物为目的，犯罪主体也基本相同，并且都带一个“抢”字。但两者也有较大的区别：(１) 犯罪客体不完全相同。抢劫罪不仅侵犯公私财物所有权，而且侵犯被害人的人身权利，而抢夺罪只侵犯公私财物所有权。(2)犯罪的客观方面表现不同。□抢劫罪是以暴力、胁迫或者其他方法，劫取公私财物，并且法律上没有数额的限制；而抢夺罪则是乘人不备，公然从财物所有人手中抢走财物，并且法律要求数额较大时才构成犯罪。

（二） 抢劫罪与故意杀人罪的界限

(１) 在抢劫过程中，使用暴力或者其他方法致人重伤、死亡的，不按故意伤害罪或者故意杀人罪论处，也不以抢劫罪和故意伤害罪或者故意杀人罪合并论处，应以抢劫罪定罪处刑。(２) 如果出于复仇或者其他个人目的而伤害或者杀死被害人后，遂乘机将其财物拿走的，不以能抢劫罪论处。因为行为人所实施的伤害或者杀人不是作为取得财物的直接手段，而是为了复仇或者出于其他个人目的，非法占有财物的意图是在伤害或者杀人之后才产生的，所以构成两个独立的犯罪，即故意伤害罪或者故意杀人罪和盗窃罪，实行数罪并罚。(３) 在抢劫行为完成之后，行为人出于灭口或者其他目的而杀死被害人的，应定抢劫罪和故意杀人罪，按数罪并罚原则处理。(４) 抢劫杀人与图财杀人的区别。其主要区别是：抢劫杀人是行为人用杀人手段当场取得动产，而图财杀人则是在杀人之后，经过一定时间才能占有被害人的动产或不动产。例如，为了霸占遗产而杀死父母、兄弟姐妹等，应按故意杀人罪定罪判刑，不能以抢劫罪论处。

（三） 侵占罪与盗窃罪的界限

(1)犯罪故意产生的时间不同。侵占行为人是在持有财物之后才产生犯罪故意，而盗窃罪行为人是在没有占有财物之前就产生犯罪故意。(2)行为对象不尽相同。侵占罪对象是行为人业已持有的公私财物，有其特定性，盗窃罪对象则是他人持有的公私财物。(３)客观方面不尽相同。侵占罪客观方面表现为侵占行为，即将财物变持有为所有的行为，盗窃罪客观方面表现为秘密窃取的行为，即行为人采取主观上自认为不会被财物的所有者、保管者发觉的方法窃取其财物。

（四） 抢劫罪与敲诈勒索罪的界限

划清敲诈勒索罪与以胁迫为手段的抢劫罪的界限。虽然两者在客观上都使用威胁手段，但威胁的内容、方式等有明显不同：(１) 从威胁的内容上看，敲诈勒索罪的威胁内容较为广泛，可以是以暴力相威胁，也可以是以张扬隐私、毁坏财物等相要挟，而抢劫罪的威胁内容，仅限于以暴力相威胁。(2)从威胁的方式看，敲诈勒索罪的威胁可以由犯罪分子以口头或书面形式向被害人提出，也可以通过他人提出；而抢劫罪的暴力威胁只能由犯罪分子面对被害人当场口头发出。(３) 从实现威胁的现实可能性看，敲诈勒索罪的暴力威胁表现为如果被害人不答应要求将要对其实施暴力的威胁，不具有当场实施暴力的现实可能性；而抢劫罪的威胁具有当场付诸实施的现实可能性，即如果被害人拒不交出财物，犯罪分子就会当场实施暴力。(４) 从非法取得财物的时间看，敲诈勒索罪取得财物的时间，可以是在实施威胁、要挟的当场取得，但更多的是在发出威胁、要挟后的一定期限内取得财物；而抢劫罪是当场取得财物。

思考题：

1.抢劫罪的概念和构成特征是什么？它与绑架罪有什么区别？

2.盗窃罪的概念和构成特征是什么？

3.诈骗罪的概念和构成特征是什么？

4.挪用资金罪的概念和构成特征是什么？

5.敲诈勒索罪的概念和构成特征是什么？它与抢劫罪、绑架罪之间有什么区别？

参考书目：

1、王作富主编：《刑法》，中国人民大学出版社，1999 年 12 月第 1 版。
2、何秉松主编：《刑法教科书》，中国法制出版社，1997 年 12 月第 1 版。
3、杨春洗、杨敦先主编：《中国刑法论》，北京大学出版社，1998 年月第 2 版。
4、郭立新、杨迎泽主编：《刑法分则适用疑难问题解》，中国检察出版社，2000 年 1 月第 1 版。
5、刘亚平编著：《刑法分则案例教程》，中国政法大学出版社，1999 年 8 月第 1 版。
6、陈兴良、曲新久著：《案例刑法教程》，中国政法大学出版社，1994 年 5 月第 1 版。
7、黄京平主编：《以案说法》(刑法篇)，中国人民大学出版社，1998 年 5 月第 1 版。

第十七章　妨害社会管理秩序罪

教学目的与要求：让学生全面掌握本章重点罪的概念、构成特征和相近罪的区别。让学生一般了解本章其它罪。

教学重点：妨害公务罪；招摇撞骗罪；破坏计算机信息系统罪；组织、领导、参加黑社会性质组织罪；传授犯罪方法罪；组织、利用会道门、邪教组织、利用迷信破坏法律实施罪；伪证罪；扰乱法庭秩序罪；窝藏罪；包庇罪；组织他人偷越国边境罪；故意损毁文物罪；妨害传染病防治罪；医疗事故罪；非法行医罪；重大环境污染事故罪；盗罚林木罪；滥伐林木罪；走私、贩卖、运输、制造毒品罪；组织卖淫罪；传播性病罪；制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品罪。招摇撞骗罪与诈骗罪的界限；伪证罪与诬告陷害罪的界限；伪证罪与包庇罪的界限；盗罚林木罪与滥伐林木罪的界限。

教学难点：破坏计算机信息系统罪；组织、领导、参加黑社会性质组织罪；组织、利用会道门、邪教组织、利用迷信破坏法律实施罪；医疗事故罪；走私、贩卖、运输、制造毒品罪；非法持有毒品罪；制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品罪；伪证罪与诬告陷害罪的界限；伪证罪与包庇罪的界限 。

教学方法：讲授

学　时：8 学时（第 13、14 周）

第一节　妨害社会管理秩序罪概述

一、妨害社会管理秩序罪的概念

妨害社会管理秩序罪，是指妨害国家机关对社会的管理活动，破坏社会正常秩序，情节严重的行为。

二、妨害社会管理秩序罪的特征

（一）主体多数是一般主体，少数是特殊主体，多数主体只限于自然人，少数主体既可以是自然人，也可以是单位。（二）客体是社会管理秩序。社会管理秩序是个含义十分广泛的概念。它包括社会秩序、生产秩序、工作秩序、教学科研秩序和人民群众的生活秩序等。这些秩序是由国家各职能机关依法对社会各个方面进行管理活动而形成的。刑法中规定的各类犯罪都从不同方面破坏了社会管理秩序。我国刑法按照对犯罪的科学分类，将不宜列入刑法分则其他各章的各种破坏社会秩序的犯罪，都归于本章，统称为妨害社会管理秩序罪。因此，这里的社会管理秩序是狭义上的，即仅限于本章各罪所侵犯的社会管理秩序。（三）主观方面绝大多数是故意，个别犯罪是过失。

（四）客观方面表现为妨害国家机关对社会依法实行管理活动，破坏社会正常秩序，情节严重的行为。它包括妨害国家行政机关、司法机关以及各种社会事务机关的管理活动，如公共秩序的管理、国（边）境的管理、文物管理、公共卫生管理、环境资源管理、毒品管理、文化娱乐物品管理等。其妨害管理的行为多种多样，具体表现为本章所规定的各种犯罪行为。

刑法分则第六章妨害社会管理秩序罪，分为 9 节，共 91 个条文，120 个罪名。

第二节　扰乱公共秩序罪

一、重点罪（妨害公务罪；招摇撞骗罪；非法获取国家秘密罪；非法侵入计算机信息系统罪；破坏计算机信息系统罪；组织、领导、参加黑社会性质组织罪；组织、利用会道门、邪教组织、利用迷信破坏法律实施罪）

（一）妨害公务罪

1．定义

妨害公务罪，是指以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员依法执行职务，阻碍人民代表大会代表依法执行代表职务，阻碍红十字会工作人员依法履行职责的行为，或者故意阻碍国家安全机关、公安机关依法执行国家安全工作任务，未使用暴力、威胁方法、造成严重后果的行为。

2．特征

（1）主体只限于自然人一般主体。凡达到刑事责任年龄且具备刑事责任能力的自然人均能构成本罪。

（2）客体是复杂客体，其中，国家的正常管理活动是其主要客体，国家机关工作人员、红十字会工作人员的人身权利是其随机客体。

妨害公务罪侵犯了国家的正常管理活动。任何一个国家欲求得稳定有序的存在与发展，都必须享有一系列的管理职能，进行一系列的管理活动，而这些管理活动通常是通过国家机关等组织机构中的工作人员依法执行职务、履行职责来实现的。因此，妨害国家机关工作人员和红十字会依法执行公务的犯罪行为，必然是对国家正常管理活动的干扰和破坏。这是本罪社会危害性的重心所在，也是本罪区别于单纯侵害公务人员人身、财产的犯罪行为的关键所在。

妨害公务罪通常还侵犯国家机关工作人员以及红十字会工作人员的人身权利。本罪之构成必须以行为人使用暴力、威胁手段为要件。而在行为人以暴力、威胁手段妨害公务时，其所造成的害结果除了能使被妨害的国家机关工作人员或红十字会工作人员的公务活动受到干扰无法正常进行，从而给国家的正常管理活动造成不利影响外，也必然会给上述公务人员的身体健康或者其他人身权利造成侵害。本条第 4 款规定，故意阻碍国家安全机关、公安机关依法执行国家安全工作任务的，即使未使用暴力、威胁方法，只要造成严重后果的，也构成本罪。

本罪侵害的对象，是依法正在执行职务的国家机关工作人员。阻碍非国家机关工作人员从事某种活动的，或者虽是国家机关工作人员，但其执行的不是职务活动，或者其活动不是依法正在进行的职务范围的活动，均不构成本罪。这就是说，成为本罪侵害对象的，第一，必须是在国家机关工作人员已经着手执行职务、尚未结束之前；第二，必须是依法进行的、而不是超越职权范围的活动。“执行职务”，既包括在国家机关工作时间和场所内的公务活动，也包括根据特定的命令在其他场所的公务活动。比如，公安人员，不论在何时何地抓捕正在实施犯罪的犯罪嫌疑人，都是依法执行职务。但是，超越职权范围的活动，或者滥用职权侵犯国家和群众利益的活动，受到他人阻止的，不构成妨害公务罪。依本条第 2 款、第 3 款的规定，本罪的犯罪对象还包括人大代表和红十字会工作人员。所谓人大代表，是指依照我国宪法与选举法的规定，按照法定程序当选的全国人民代表大会和地方各级人民代表大会的代表。所谓红十字会，是指一种国际性的志愿救济团体，主要是救护战时伤、病军人和平民，也救济其他灾害的受难者。上述人员只有在其依法履行职务、职责时才能构成本罪。

（3）主观上是故意。即明知是国家机关工作人员、人大代表、红十字会工作人员、国家安全机关工作人员正在依法执行职务，而以暴力、威胁或者其他方法阻碍，希望迫使其停止执行职务或者改变执行职务。如果不知其正在执行职务，或者虽然明知但不是意在阻碍其执行职务，而是为了其他目的，则不构成本罪。构成其他

犯罪的，按其触犯的罪名定罪处罚。

（4）客观方面表现为第 277□条第 1 至 4 款规定的阻碍执行职务情形之一：

1、以暴力或者威胁的方法阻碍国家机关工作人员依法执行职务的行为

所谓依法执行职务，是指国家机关工作人员在国家规定的范围内，运用其合法职权从事公务活动。这种公务活动，不仅包括国家机关工作人员在工作时间或工作单位中所进行的公务活动，而且还包括国家工作人员根据有关规定或命令在其他时间或场所内的公务活动。例如，公安人员在任何时间或地点，都有权抓捕正在进行犯罪活动的犯罪嫌疑人，对其以暴力或威胁方法进行阻碍，就构成犯罪。

其次，国家机关工作人员必须是在依法执行职务。即其所进行的管理活动，确实属于他的合法职权范围，并且活动的方式符合法律规定的条件。例如，工商行政管理人员依法对市场贸易进行监督管理，海关人员依法进行进出口物品检验等。如果国家工作人员超越其职务范围进行其他非法活动，或者滥用职权，以权谋私，违法乱纪，侵犯国家和人民群众利益，激起民愤，受到阻碍的不能视为妨害公务。

同时，行为人必须是以暴力或者威胁的方法阻碍执行公务。本条所称暴力，是指行为人对正在依法执行职务的国家工作人员的身体实施了暴力打击或者人身强制，如殴打行为、捆绑行为等。如果行为人的暴力行为造成国家机关工作人员重伤结果或因重伤导致死亡结果，甚至故意杀害国家机关工作人员的，应按处理牵连犯的原则，以重罪吸收轻罪，按故意伤害（重伤）罪或者故意杀人罪定罪，从重处罚。本条所称威胁，是指行为人以杀害、伤害、毁坏财产、破坏名誉、扣押人质等对正在依法执行职务的国家机关工作人员进行威逼、胁迫，企图迫使国家机关工作人员放弃执行职务。

行为人如果并未采用暴力或威胁方法，而是用其他方法干扰国家机关工作人员执行职务，例如谩骂、吵闹等行为，虽然对执行职务有一定程度的妨害，但也不能构成本罪。对此种行为可以批评教育，或进行治安管理处罚，其情节恶劣者，则可能构成侮辱罪或其他犯罪。

2、以暴力、威胁方法阻碍各级人民代表大会代表执行代表职务

各级人民代表大会的代表，包括乡、镇、县、市、旗、地、市、盟、省、自治区、直辖市乃至全国人民代表大会的代表。所谓代表职务，是指全国人民代表大会和地方各级人民代表大会组织法规定的人民代表在各所在的各级人民代表大会有权执行的职务，如保守国家秘密；作自已参加的生产、工作和社会活动中，协助宪法和法律的实施；列席原选举单位的人民代表大会会议；听取和反映人民的意见和要求；列席人民代表大会会议；向本级人比代表大会及其常务委员会提出对各方面工作的建议、批评和意见；对于确定的候选人参加投票选举；宣传法律和政策；协助本级人民政府推行工作；向人民代表大会及其常务委员会、人民政府反映群众的意见和要求；依法与选民联系；检查、考察、视察工作；等等。无论是本级人民代表大会会议期间依法执行职务，还是在本级人民代表大会闭会期间依法执行职务，只要属于代表职务，对其以暴力、威胁方法进行阻碍的，就可构成本罪。应当指出，有的代表本身属于国家机关工作人员。如果是在执行其工作职务，对其进行阻碍的，应是本罪客观方面的第]种情况，即阻碍国家机关工作人员依法执行职务。如果其不是在执行工作职务，而是在执行代表职务，就构成本罪的这种情况。代表如属非国家机关工作人员，则只有执行代表职务时才可构成本罪。

3、在自然灾害和突发事件中，以暴力、威胁方法阻碍红十字会工作人员依法履行职责

根据《红十字会法》规定，中国红十字会是中华人民共和国统一的红十字组织，是从事人道主义工作的社会救助团体。其活动宗旨是为了保护人的生命和健康，发扬人道主义精神，促进和平进步事业。其遵循国际红十字会和红新月运动确立的基本原则，依照我国参加的日内瓦公约及其附加议定书和中国红十字会章程，独立自主地开展工作，履行自己的职责。根据 I993 年 I0 月 30 日通过的红十字会法第 I2 条规定，红十字会履行下列职责：（1）开展救灾的准备工作；在自然灾害和突发事件中，对伤病人员和其他受害者进行救助；（2）普及卫生救护和防病知识，进行初级卫生救护培训，组织群众参加现场救护；参与输血献血工作，推动无偿献血；开展其他人道主义服务活动；（3）开展红十字青少年活动；（4）参加国际人道主义救援工作；（5）宣传国际红十

字和红新月运动的基本原则和日内瓦公约及其附加议定书；(6)依照国际红十字会和红新月运动的基本原则，完成人民政府委托事宜；(7)依照日内瓦公约及其附加议定书的有关规定开展工作。红十字会有权处分其接受的救助物资；在自然灾害和突发事件中，执行救助任务并标有红十字标志的人员、物资的交通工具有优先通行的权利。如果是在目然灾害和突发事件中，对红十字会工作人员以暴力、威胁方法阻碍其履行职责，即可构成本罪。对于这种情况必须注意把握3个方面，即：(1)必须是红十字会的工作人员。如果不是红十字会的工作人员，即使从事一些人道主义工作，对其进行暴力、威胁阻碍的，也不能构成本罪。(2)必须是正在依法履行自己的职责。(3)必须是在自然灾害或突发事件中，以暴力、威胁方法阻碍其履行职责。虽以暴力、威胁方法阻碍了红十字会工作人员依法履行职责，但如不是在自然灾害或突发事件中，亦不能构成本罪。

4、故意阻碍国家安全机关、公安机关依法执行国家安全工作任务，未使用暴力、威胁方法，但造成严重后果的

此种情况是上述暴力、威胁方法以外的手段，如围攻、哄闹，对执行国家安全工作任务的有关国家机关工作人员要求提供方便条件置之不理或拖延不办等而阻碍执行有关国家安全公务。如果是以暴力、威胁方法直接阻碍，则属于本罪客观方面的第一种即以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员依法执行职务的情况，而不能以此种情况论处，根据国家安全法的有关规定，下列行为应属于以非暴力或威胁方法阻碍国家安全工作人员依法执行公务：(1)国家安全机关、公安机关的工作人员在执行国家安全公务时，出示证件依法查验人的身份证明，向有关组织和人员调杏、询问有关'情况，行为人拒绝提交身份证明，提供有关情况的(明知他人有间谍行为，在国家安全机关向其调查情况、收集证据时，拒绝提供的除外，其行为已构成独立的拒绝提供间谍犯罪证据罪，不再以该罪论处)；(2)执行国家安全工作的人员依法要进入有关场所，进入限制进人的有关地区、场所、单位，或查看、调阅有关的档案、资料、物品，行为人却予以拒绝的；(3)执行国家安全工作的人员在依法执行紧急任务的情况下，出示证件要求优先乘坐公共交通工具，遇到交通阻碍，要求优先通行，行为人拒绝允许的；(4)国家安全机关、公安机关为维护国家安全的需要，必要时，可优先使用国家机关、团体、企事业组织和个人的交通工具、通信工具、场地和建筑物，行为人却予以阻挠甚或故意刁难的；(5)执行国家安全工作的人员，为维护国家安全的需要，要对组织或个人的电子通信工具、器材等设备、设施进行查验，行为人拒不允许的；(6)国家安全机关、公安机关因国家安全工作的需要，根据国家有关规定，提请海关、边防等检查人员对有关人员和资料、器材查检，有关检查机关应当协助而拒不协助的；等等。

行为人必须阻碍了执行国家安全工作的人员依法执行国家安全公务。所谓阻碍，是指行为人通过种种方式使执行国家安全工作的人员不能正常地行使自己的职权、履行其职责。其既表现为执行国家安全工作的人员被迫停止执行国家安全公务，亦表现为其被迫变更依法应当执行的国家安全公务的内容。如果不是阻碍国家安全机关、公安机关的工作人员执行职务或者虽是阻碍上述机关的工作人员执行职务但不是执行国家安全职务，如公安机关在抓捕故意杀人犯或者虽欲阻碍其执行国家安全职务，但没有对其公务造成阻碍，则不构成本罪。如先拒绝执行国家安全工作人员的要求，经做工作后，能及时让其执行国家安全公务的，则不构成犯罪。

阻碍执行国家安全工作的人员执行国家安全公务，还必须造成严重的后果，才构成此种行为方式的本罪。所渭严重后果，是指耽误了国有安全工作，放纵了犯罪分子，或者给困家安全造成了严重损害，具体则如致使犯罪嫌疑入逃跑，侦查线索中断，犯罪证据灭失，赃款、赃物被转移，等等。

3.认定

(1) 妨害公务罪与非罪的界限

1、划清妨害公务罪与人民群众抵制国家工作人员违法乱纪行为的界限。极少数国家机关工作人员，在执行公务过程中，假公济私，滥用职权，违法乱纪，损害群众的利益，引起公愤，群众对之进行抵制、斗争是应当支持、引导的。

2、划清妨害公务罪与人民群众因提出合理要求，或者对政策不理解或者态度生硬而与国家机关工作人员

发生争吵、围攻顶撞、纠缠行为的界限。群众围攻、顶撞国家工作人员，通常是由于群众对国家工作人员依法宣布的某项政策、决定、措施不理解，有意见，向国家工作人员提出质问，要求说明、解释、答复、由于情绪偏激、态度不冷静、方法不得当而形成的村国家工作人员的围攻、顶撞行为。在围攻、顶撞过程中，常伴有威胁性语言和类似暴力的推擦、拉扯行为，在客观上妨害了公务。

（2）本罪与分裂国家罪、武装叛乱、暴乱罪、颠覆国家政权罪等危害国家安全罪的界限

二者具有某些共同点，如都危害了国家利益，都必然会对国家的正常管理活动造成干扰和破坏；在行为方式、行为指向上有一些交叉；主体都是一般主体；主观方面都是出自故意。二者的区别点在于：1、犯罪的直接客体不同。前者侵害的主要客体是国家的正常管理活动；后者则是国家安全。2、犯罪的客观方面不同。首先在行为指向上，前者的行为指向往往具有特定性，即是某个具体的正在依法执行公务的国家机关工作人员或红十字会工作人员；后者的行为指向则是整个国家政权，就具体的侵害对象而言，通常具有随机性和不确定性。在犯罪方法上，前者通常必须以暴力、威胁方法实施；后者则不限于此，以和平演变等方式危害国家政权、破坏国家统一的，也构成犯罪（武装叛乱、暴乱罪除外）。最后，从犯罪的危害结看，前者系刑法理论中的抽象危险犯或实害犯，对于后一情形，必须以造成实际危害后果且达严重之程度为必要；后者则系行为犯，即一经实施即达既遂，并不要求发生现实的危害结果，也不需要考察行为是否已引致危害国家安全的危险。3、从犯罪主体来看，二者虽都可由任何具备刑事责任能力的自然人构成，但在实践中，后者的主体特别是其中的首要分子多是那些窃据国家重要职位，具有较大政治影响力的人；而前者的主体多见为普通公民。4、犯罪的主观方面不同。这是二者最本质、最关键的区别。前者在主观方面既可以表现为直接故意也可以表现间接故意，行为人通常有妨害公务执行的目的，但不限于此；后者则只能出自直接故意，且行为人必须具有危害国家安全的目的。在实践中，会遇有危害国家安全的犯罪分子以暴力、威胁方法妨害、抗拒国家机关工作人员或红十字会工作人员依法执行公务的情形，这是妨害公务罪与分裂国家罪、武装叛乱、暴乱罪、颠覆国家政权等罪的法规竞合犯，对之应按法规竞合犯的基本法律适用规则—重法优于轻法，以后者论处。

（3）妨害公务罪与聚众阻碍解救被收买的妇女、儿童罪的界限

主要区别是：1、犯罪的主要客体不同。前者系妨害社会管理秩序罪，侵害的主要客体是国家的正常管理活动；后者则属侵犯公民人身权利罪，侵害的主要客体是被拐卖、收买的妇女、儿童的人身自由权。2、犯罪的客体要件不同。前者通常表现为以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员依法执行职务或红十字会工作人员依法履行职责的行为，聚众不聚众均无不可；后者则只能是以聚众方式阻碍国家机关工作人员解救被收买的妇女、儿童的行为，至于犯罪方法，则不以暴力、威胁为必要，以非强制手段进行的，也可构成犯罪。对于少数人（3人以下）以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员解救被收买的妇女、儿童的，应依照本法第 242 条第 I 款和第 277 条第 1 款的有关规定，以妨害公务罪论处。3、犯罪的主体不同。前者的主体是一般主体，任何具备刑事责任能力的自然人均可构成该罪；后者则是特殊主体，只有在聚众阻碍解救被收买的妇女、儿童的活动中起组织、策划、指挥作用的首要分子才能成为其主体。对于其他参与阻碍活动，若未使用暴力、威胁方法的，应依法不认定为犯罪；如使用暴力、威胁方法的，则应根据本法第 242 条第 2 款后半段的规定以妨害公务罪论处。此外，二者在犯罪主观方面也有一些差别。

（4）本罪与拒不执行判决、裁定罪的区别

拒不执行判决、裁定罪，是指对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行，情节严重的行为。妨害公务罪与拒不执行判决、裁定罪有一定的相似之处，表现在：其一，两者都有可能是妨害国家机关正常行使职权、发挥职能的行为；其二，二者都是故意犯罪，且都有可能存在对抗国家公务活动的故意；其三，当拒不执行判决、裁定罪表现为行为人以暴力、威胁方法阻碍人民法院的强制执行活动时，其客观行为表现就与妨害公务罪完全相同。二者相区分的关键在于其犯罪的客观方面、犯罪主体不同：妨害公务罪通常必须是以暴力、威胁方法实施，且行为人侵害公务人员的行为必须发生在后者依法执行公务期间，而拒不执行判决、裁定罪则不要求

必须使用暴力、威胁的方法，可以是能够损害法院裁判约束力、权威性的任何方法，比如欺骗隐瞒、消极抵制、无理取闹等等；而且，拒不执行判决、裁定罪也不要求必须发生在人民法院依法执行职务期间；妨害公务罪的主体是一般主体，而拒不执行判决、裁定罪的主体则是特殊主体，即必须具有执行判决、裁定义务的当事人或者依照法律对判决、裁定负有协助执行义务的人。本条（妨害公务罪）与第 313 条（拒不执行判决、裁定罪）而言，前者应系普通法，后者应系特别法。故对这类案件应该依本法第 313 条的规定，以拒不执行判决、裁定罪定罪量刑。

4.处罚

第２７７条规定，犯妨害公务罪的，处 3 年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金。

（二）招摇撞骗罪

1．定义

招摇撞骗罪，指以谋取非法利益为目的，冒充国家机关工作人员招摇撞骗的行为。

2.特征

（１）主体限于自然人一般主体。即任何达到刑事责任年龄，具备刑事责任能力的人都可以成为本罪的主体。非国家工作人员和国家工作人员均可构成本罪。

（２）客体是国家机关的威信及其正常活动，同时损害公共利益或公民的合法权益。

（３）主观方面是故意。其目的是骗取某种非法利益。非法利益，不单指物质利益，也包括各种非物质利益，例如，为了骗取某种政治待遇或者荣誉待遇，甚至是为了骗取“爱情”, 玩弄异性等。但本罪的主观恶性一般限制在“骗”的范围内，如果行为人主观上具有抢劫、强奸的故意，冒充国家机关工作人员只是一种给受害人心理上造成威胁，使之不敢反抗的手段，那就是一种更为严重的犯罪了。例如冒充缉私人员，威胁走私分子交出走私物品；冒充司法人员，逼迫被告人家属与之发生性关系等，都应分别以抢劫罪、强奸罪等论处。如果不只有谋取非法利益的目的，例如，行为人冒充国家机关工作人员只是出于虚荣心的，单纯为了达到与他人结婚的目的而冒充国家机关工作人员的，为了顺利住宿或购买车船票而冒充国家机关工作人员身份的，都不构成本罪。

（４）客观方面表现为行为人具有冒充国家机关工作人员的身份或职称，进行诈骗的行为。1、行为人必须具有冒充国家机关工作人员的身份或者职称的行为。所谓冒充国家机关工作人员的身份或者职称，不单是指非国家机关工作人员冒充国家机关工作人员，而且也包括此种国家机关工作人员冒充他种国家机关工作人员的身份或者职称，例如普通机关的行政干部冒充公安机关的干部，普通国家干部冒充高级职务的国家干部等。如果行为人冒充的是非国家工作人员的身份，如冒充党团员、高干子弟、烈士子弟、私营或集体企业单位的管理人员、采购员等，进行招摇撞骗活动的，不能构成本罪，达到犯罪程度的可能构成诈骗罪或其他犯罪。2、行为人必须具有招摇撞骗的行为，即行为人要以假冒国家机关工作人员身份或职称，招摇炫耀，利用人民群众对国家机关工作人员的信任，实施了骗取非法利益的行为。所谓招摇撞骗，通俗地讲就是到处行骗，因而构成犯罪的行为一般都具有连续性、多次性的特点。如果行为人只有一次这种行为的，原则上不宜以犯罪论处。上述两种要素必须同时具备并存在有机的联系，才符合招摇撞骗的客观要求。如果行为人出于虚荣心仅仅冒充国家机关工作人员的身份或职称，但并未借此实施骗取非法利益的行为坏构成招摇撞骗罪。如果行为人既有冒充国家机关工作人员的身份或职称，但并未借此实施骗取非法利益的行为，不构成招摇撞骗罪。如果行为人既有冒充国家工作人员的行为，又有骗取非法利益的行为，但骗取非法利益的行为未以冒充国家机关工作人员为手段的，即两行为之间不存在有机联系的，也不构成招摇撞骗罪，其骗取非法利益的行为可能构成其他犯罪。

3.认定

（1）招摇撞骗罪与与诈骗罪的界限

这两种犯罪都表现为欺骗行为，而且招摇撞骗罪也可以如诈骗罪那样骗取财物，因而容易混淆。这两种犯罪的区别主要表现在：1、侵害的客体不同。招摇撞骗罪侵犯的客体主要是国家机关的威信及其正常活动；而诈

骗罪侵犯的客体仅限于公私财产权利。2、行为手段不同。招摇撞骗罪的手段只限于冒充国家机关工作人员的身份或职称进行诈骗；诈骗罪的手段并无此限制，而可以利用任何虚构事实、隐瞒真相的手段和方式进行。3、犯罪的主观目的不同。诈骗罪的犯罪目的，是希望非法占有公私财物；而招摇撞骗罪的犯罪目的，是追求非法利益，其内容较诈骗罪的目的广泛一些，它可以包括非法占有公私财物，也可以包括其他非法利益。4、构成犯罪有无数额限制的不同。只有诈骗数额较大以上的公私财物的，才可构成诈骗罪；而法律对冒充国家机关工作人员招摇撞骗罪的构成并无数额较大的要求，这是因为，这种犯罪未必一定表现为诈骗财物，而有可能是骗取其他非法利益，其严重的社会危害性，首先和集中地表现为由特定的犯罪手段所决定的对国家机关的威信和正常活动的破坏。尽管招摇撞骗罪与诈骗罪有上述区别，但在行为人冒充国家工作人员的身份或职称去骗取财物的情况下，一个行为同时触犯了两个罪名，属于想象竞合犯。处理想象竞合犯的案件应当按照从一重罪处断的原则。结合这两个罪名的法定刑及这种犯罪的实际情况，一般认为，应该区分骗取财物是否属于数额巨大等情况分别对待，并贯彻从一重罪处断的原则：(１) 往骗取财物未达数额巨大的情况下，诈骗罪在犯罪构成上有数额较大的条件限制，法定最高刑是 3 年以下有期徒刑；而招摇撞骗罪在构成上无数额较大的限制，其法定最高刑是 l0 年有期徒刑。显而易见，后者重于前者，因此这时应以招摇撞骗罪论处。(２) 在骗取财物数额巨大或者其他严重情节的情况下，招摇撞骗罪最重的量刑幅度是 3 年以上 l0 年以下有期徒刑，而诈骗罪也是 3 年以上 10 年以下有期徒刑，如果是数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，最高可达无期徒刑，显然诈骗罪重于招摇撞骗罪。因此，在冒充国家机关工作人员骗取财物数额巨大的情况下，这种犯罪行为已不再能为招摇撞骗罪所包括，而应适用想象数罪从一重罪处断的原则，以诈骗罪定罪量刑。

（２）本罪与敲诈勒索罪的界。主要区别是：1、招摇撞骗罪是以“骗”为特征的，被害人在受骗后往往是自愿“交出财物或出让其他合法权益。而敲诈勒索罪，虽然也有”诈“的成份，但却是以”恫吓“被害人为特征，即对财物的持有者施以恫吓，造成其精神上的恐惧，出于无奈，被迫交出财物习出让其他合法权益。这是两者最主要的区别。2、招摇撞骗罪侵犯的客体是社会管理秩序，是国家机关的威信及其正常的活动，其直接侵犯的不仅可能是财产权，也可能是公共利益和公民的其他合法权益。而敲诈勒索罪侵犯的客体只能是公私财产所有权。

4.处罚

第２７９条规定，犯招摇撞骗罪的，处 3 年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；情节严重的,处 3 年以上１０年以下有期徒刑。冒充人民警察招摇撞骗的，依照前款的规定从重处罚。

（三）非法获取国家秘密罪

1.定义

非法获取国家秘密罪，是指以窃取、刺探、收买方法，非法获取国家秘密的行为。

2.特征

（１）主体限于自然人一般主体。可以是中国人，也可以是外国人或者无国籍人；可以是国家工作人员，也可以是普通公民，或者是华侨以及港、澳、台人员。

（２）客体是复杂客体。一是国家的案全和发展。当今世界仍存在许多的矛盾和不稳定因素，因此，保证国家秘密的安全，不仅关系到我国的长治久安，而且有可能影响我国在国际事务中的地位。此外，国家秘密还关系着国民经济和社会发展，尤其是在全球“技术战”、“贸易战”日趋激烈的今天，获取他国秘密已成为国际科技竞争、市场竞争的重要手段。二是国家保密制度。我国一系列保密法律、法规均明确规定了保密的范围、事项，非法获取国家秘密行为违反我国的保密法规，应依法追究其刑事责任。

本罪的犯罪对象是国家秘密。1988 年 9 月 5 日全国人大常委会通过的《中华人民共和因保守国家秘密法》第 2 条规定，国家秘密是关系到国家的安全和利益，依照法定程序确定，在一定时间内只限一定范围的人员知悉的事项。该法第 8 条对国家秘密的范围作了具体规定，主要包括：(１) 国家事务的重大决策中的秘密事项；(２) 国防建设和武装力量活动中的秘密事项；(３) 外交和外要活动中的秘密事项以及对外承担保密义务的事项

-，(４)国民经济和社会发展中的秘密事项；(５)科学技术中的秘密事项；(６)维护国家安全活动和追查刑事犯罪中的秘密事项；(７)其他经国家保密工作部门确定应当保守的国家秘密事项。

（３）主观方面是故意。行为人明知是国家秘密，却故意以窃取、刺探、收买方法非法获取，非法获取国家秘密主观动机可以是多种多样的，可能是为了金钱，也可能是出于对国家政府某领导人的不满，或者是为了出国。但动机不影响构成此罪。

（４）客观方面表现为以窃取、刺探、收买方法，非法获取国家秘密的行为。

所谓窃取，是指采取秘密的方式，偷取属于国家秘密的文件、资料和其他物品的行为，窃取的形式包括：直接窃取国家秘密文件，用计算机窃取国家秘密；通过电磁波窃取国家秘密；采用照像的形式偷拍国家秘密。所谓刺探，是指行为人暗中对掌有国家秘密的人，采取各种手段探听、侦察、了解国家秘密的行为。探听的方式主要包括：利用与知密者的特殊身份关系向知密者探询国家秘密；利用社交手段打通关系，向知密者探问国家秘密；利用公开合法形式，例如贸易洽谈会、学术交流会等探听国家秘密。侦察的方式主要包括：使用窃听装置侦察国家秘密；使用电子监控及远红外线扫描等高科技手段侦察国家秘密；采用色情引诱、向有关部门渗透等形式侦察国家秘密。所谓收买，是指用金钱、物质、色情以及其他方法，向掌有国家秘密的人交换国家秘密的行为。收买的形式有采用小恩小惠、低价收买的，也有采用重金收买、高价拉拢的。所谓非法获取，是指依法不应知悉、取得某项国家秘密的人从知悉、取得某项国家秘密的人那里知悉、取得该项国家秘密或者可以知悉某项国家秘密的人未经办理手续取得该项国家秘密。只有以窃取、刺探、收买这三种法定方法之一“非法获取”国家秘密的，本罪才可成立。另外，应注意本罪不是为境外的机构、组织、个人窃取、刺掇、收买国家秘密，否则，就以本法第 111 条的规定定罪处罚。

3.认定

（１）非法获取国家秘密罪与非法提供国家秘密、情报罪的区别

区别的要点在于是否为境外的机构、组织、个人实施非法获取国家秘密的行为或者是否将所非法获取的国家秘密故意向境外的机构、组织、个人非法提供。由于所非法获取的国家秘密泄露、扩散，而被境外的机构、组织、个人知悉、取得的，只要行为人对此情形不是故意的，仍应定为非法获取国家秘密罪。

（２）非法获取国家秘密罪与泄露国家秘密罪的界限

本罪与泄露国家秘密罪的犯罪对象都是国家秘密，客观上都违反了保密法规。但是二者的社会危害性不同，应注意区分。它们的区别表现在以下几个方面：1、在主体要件方面，泄露国家秘密罪是职务犯罪，其主体主要是国家机关工作人员；本罪的主体是一般主体。2、客观要件不同，泄露国家秘密罪表现为“泄露”，而非法获取国家秘密罪表现为“获取”。3、在主观方面，泄露国家秘密罪可以是故意的，也可以是过失的，而非法获取国家秘密罪必须是故意。

4.处罚

第２８２条规定，犯非法获取国家秘密罪的，处３年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；情节严重的，处３年以上７年以下有期徒刑。所谓情节严重一般指：非法获取国家绝密级秘密的；非法获取秘密导致泄露、扩散，造成严重后果的；非法获取大量国家秘密的，等等。

（四）非法侵入计算机信息系统罪

1.定义

非法侵入计算机信息系统罪，指违反国家规定，故意侵入国家事务、国防建设、尖端科学技术领域的计算机信息系统的行为。

2.特征

（１）主体限于自然人一般主体。本罪的主体往往具有相当高的计算机专业知识和娴熟的计算机操作技能，有的是计算机程序设计人员，有的是计算机管理、操作、维护保养人员。

（2）客体是国家重要计算机信息系统安全。计算机信息系统是指由计算机及其相关的和配套的设备、设施（含网络）构成的，按照一定的应用目标和规则对信息进行采集、加工、存储、传输、检索等处理的人机系统。随着计算机技术的发展和计算机的普及应用，国家对计算机的使用也越来越广泛，在国家事务管理、国防、经济建设、尖端科学技术领域都广泛建立了计算机信息系统，特别是在关系到国计民生的民航、电力、铁路、银行或者其他经济管理、政府办公、军事指挥控制、科研等拧领域。国家的重要部门都普遍建立了本部门、本系统的计算机信息系统，这些汁算机信息系统的正常运行、对于保障国家安全、经济发展和保护人民生命财产安全等方面都起着十分重要的作用。但是，这些重要的计算机信息系统一旦被非法侵入，就可能导致其中的重要数据遭受破坏或者某些重要、敏感的信息被泄露，不但系统内可能产生灾难性的连锁反应，还会造成严重的政治、经济损失，甚至还可能危及人民的生命财产安全。对这种非法侵入国家重要计算机信息系统的行为必须予以严厉打击。

（3）主观方面是故意，即行为人明知自己的行为违反国家规定会产生非法侵入国家重要计算机信息系统的危害结果，而希望这种结果发生。过失侵入国家重要的计算机信息系统的，不构成本罪。行为人实施本罪的动机和目的是多种多样的，有的是出于好奇，有的是为了泄愤报复，有的是为了炫耀自己的才能，等等。这些对构成犯罪均无影响。

（4）客观方面表现为行为人实施了违反国家规定侵入国家重要计算机信息系统的行为。在这里，所谓“违反国家规定”，是指违反《中华人民共和国计算机安全保护条例》的规定，该条例第 4 条规定：“计算机信息系统的安全保护工作，重点保护国家事务、经济建没、国防建设、尖端科学技术等重要领域的计算机信息系统安全。本罪的对象是国家重要的计算机信息系统。所谓国家重要的计算机信息系统”，是指国家事务、国防建设、尖端科学技术领域的计算机信息系统。所谓“侵入”，是指未取得国家有关主管部门依法授权或批准，通过计算机终端侵入国家重要计算机信息系统到者进行数据截收的行为。在实践中，行为人往往利用自己所掌握的计算机知识、技术，通过非法手段获取口令或者许可证明后冒充合法使用者进人国家重要计算机信息系统，有的甚至将自己的计算机与国家重要的计算机信息系统联网。

3.认定

注意本罪与利用计算机实施其他犯罪的关系。侵入国家重点保护的计算机信息系统窃取国家秘密或实施其他犯罪的，应作为牵连犯，择一重罪处罚。

4.处罚

第２８５条规定，犯非法侵入计算机信息系统罪，处 3 年以下有期徒刑或者拘役。

（五）破坏计算机信息系统罪

1.定义

破坏计算机信息系统罪，是指违反国家规定，对计算机信息系统功能和信息系统中存储、处理、传输的数据和应用程序进行破坏，造成计算机信息系统不能正常运行，后果严重的行为。

2.特征

（1）主体限于自然人一般主体。年满 l6 周岁具有刑事责任能力的自然人均可构成本罪。实际能构成其罪的，通常是那些精通计算机技术、知识的专业人员，如计算机程序设计人员、计算机操作、管理维修人员等。

（2）客体是计算机信息系统的安全。对象为各种计算机信息系统功能及计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据和应用程序。

（3）主观方面必须出于故意，过失不能构成本罪。如果因操作疏忽大意或者技术不熟练甚或失误而致使计算机信息系统功能，或计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据、应用程序遭受破坏，则不构成本罪。至于其动机，有的是显示自已在计算机方面的高超才能，有的是想泄愤报复，有的是想窃取秘密，有的是想谋取利益，等等，但动机如何，不会影响本罪成立。

(4)客观方面表现为三方面：客观方面表现为违反国家规定，破坏计算机信息系统功能和信息系统中存储、处理、传输的数据和应用程序，后果严重的行为。根据本条规定，包括下列 3 种情况：

1、破坏计算机信息系统功能

即对计算机信息系统功能进行删除、修改、增加、干扰，造成计算机信息系统不能正常运行。所谓计算机信息系统，是指由计算机及其相关的和配套的设备含网络、设施构成的，按照一定的应用目标和规则，对信息进行采集、加工、存储、传输、检索等处理的人机系统。其功能多种多样，如进行文件编辑、采集、加工、存储、打印、传输、检索或者绘图、显像、游戏等，可用于不同行业、不同目标。同行业、不同目标的计算机系统其具体功能又会有所差别，如航空铁路售票、气象形势分析、预测、图书、报刊管理、企业经营管理等等。无论用于何种行业或者用于何种目标，只要对其功能进行破坏即可构成本罪。破坏计算机信息系统的方法，包括对功能进删除、修改、增加、干扰等具体行为，其中，删除，是指将计算机信息系统应有的一功能加以取消，既可以是取消其中的一项，也可以是其中的几项或者全部、修改是指将计算机信息系统的功能部分或者全部地进行改变，或者将原程序用别一种程序加以替代，改变其功能，增加，是指通过增加磁记录等手段为计算机信息系统添加其原本没有的功能。至于干扰、则是通过一定手段如输入一个新的程序干扰原程序，以影响计算机系统正常运转，行使其功能。

2、破坏计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据和应用程序

所谓数据，在这里是指计算机用以表示一定意思内容或者由其进行实际处理的一切文字、符号、数字、图形等有意义的组合，所谓计算机中存储、处理、传输的数据，则是指固定存储中计算机内部随时可供提取、查阅、使用的数据，或者已经进入计算机正在进行加工、处理以及通过线路而由其他计算机信息系统传递过来的数据。所谓计算机程序，是指为了得到某种结果而可以由计算机等具有信息处理能力的装置执行的代码化指令序列。或者可被自动转换成代码化指令序列的符合化指令序列或者符合化语序列，至于计算机应用程序则是指用户使用数据的一种方式，是用户按数据库授予的子模式的逻辑结构，收发室对数据进行操作和运算的程序。对计算机信息系统的数据、应用程序进行破坏，是指通过输入删除、修改、增加的操作指令而对计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据和应用程序进行破坏的行为。

3、故意制作、传播计算机病毒等破坏性程序，影响计算机系统正常运行

所谓破坏性程序，是指隐藏于计算机信息系统中的数据文件、执行程序里的能够在计算机内部运行，对其功能进行干扰、影响的一种程序。计算机病毒，作为一种破坏性程序的典型，是指编制或者在计算机程序中插入的破坏计算机功能或者毁坏数据，影响计算机使用，并能自我复制的一组计算机指令或者程序代码。所谓制作，是指创制、发明、设计、编造破坏性程序或者获悉技术制作破坏性程序的行为。所谓传播，则是指通过计算机信息系统含网络输入、输出计算机病毒等破坏性程序，以及将已输入的破坏性程序软件加以派送、散发等的行为。

破坏行为必须造成严重后果，才能构成其罪。否则，如果没有造成危害后果或者虽有危害后果但不是严重后果，即使有破坏计算机信息系统的行为，也不能构成本罪。所谓造成严重后果，主要是指造成重要计算机信息系统如国家事务、国防建设、尖端科学技术领域的计算机信息系统破坏的；造成计算机信息系统功能部分甚或全部丧失，严重影响工作或者造成重大经济损失的，致使秘密、重要数据、资料、信息毁弃，造成严重损失的；出于恐怖等违法犯罪目的，造成恶劣的影响的；等等。

3.认定

注意本罪与利用计算机实施其他犯罪的联系。利用计算机实施金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或者其他犯罪的，依照本法有关规定定罪处罚。因利用计算机犯罪又导致计算机信息系统不能正常运行，后果严重的，应按牵连犯择一重罪处罚。

4.处罚

第２８６条规定，犯非法破坏计算机信息系统罪的,□处５年以下有期徒刑或者拘役;后果特别严重的，处５年以上有期徒刑。所谓后果特别严重，□一般是指，致使国家重点保护的计算机信息系统遭受严重破坏，使国家和人民利益遭受巨大损失的；致使金融、证券交易机构的计算机信息系统遭受严重破坏，造成特别巨大的经济损失或者造成客户恐慌的；致使铁路、通讯、生产部门的计算机信息系统遭受严重破坏，造成人身伤亡或其他重大事故的，等等。

（六）组织、领导、参加黑社会性质组织罪

1.定义

组织、领导、参加黑社会性质组织罪，是指组织、领导和积极参加黑社会性质组织的行为。

2.特征

（１）主体为一般主体，即达到刑事责任年龄具有刑事责任能力的自然人，也可以包括单位。

（２）客体为社会公共秩序。黑社会性质的组织是社会危害性极为严重的主体要件，它的产生和存在对社会秩序和公众安全构成极大威胁。黑社会性质的组织为了达到罪恶目的而干的非法勾当带来了贩卖武器、增长暴力、城乡失去安全，甚至干预政治事务，构成对国家当局的正面攻击，引起社会情况恶化、社会秩序的扰乱。黑社会性质的组织犯罪的价值取向是企图在以刑罚等国家强制力为后盾的法律秩序中建立以暴力等犯罪手段为后盾的反社会秩序，因此黑社会组织的存在是对以宪法为基础的法治秩序的极大威胁，它对社会的破坏是自觉的、全方位的。不同于具体犯罪对社会关系某一部分或具体某一成员的权利的侵害。它动摇的是社会的根基，是社会群体的信念，给人民心理上造成一种邪恶当道、正义不存，善良的人们只能向邪恶低头的错觉。因此，黑社会性质的组织犯罪的客体要件是社会秩序。

“黑社会”为外来语，即英语 Under 一 worldSociety，直译为“地下社会”，主要指秘密从事卖淫、盗窃等非法活动的社会集团。在国际社会中，包括联合国预防与控制犯罪机构的官方文件中，均视有组织犯罪为黑社会犯罪。所谓黑社会性质的组织是指三人以上不特定多数人，以获取非法的经济、政治利益为目的，用犯罪手段，按照企业化或帮会等方式组成的犯罪组织。依本条之规定，黑社会性质的组织，是指以暴力、威胁或者其他手段，有组织地进行违法犯罪活动，称霸一方，为非作恶，欺压、残害群众，严重破坏经济、社会生活秩序的组织。

黑社会性质组织，既不同于黑社会的有组织犯罪，也不同于我国刑法规定的“犯罪集团”。它的主要特点为：一是由三人以上组成，其中有组织者、领导者和积极参加者；二是组织严密，分工明确，形成核心、中心、外圈三个层次；三是纪律森严，违者格杀勿论；四是通过各种违法犯罪手段，疯狂地聚敛社会财富，经济实力雄厚，五是建立势力范围，以获取非法的政治、经济利益为目的；六是向政府和政法机关进行腐蚀和渗透，贿赂党、政、司法官员，寻找政治靠山，建立保护伞。

有人主张，我国有强大的人民民主专政的国家政权，解放初期我们就摧毁了黑社会犯罪组织，现在没有出现也不可能出现黑社会犯罪组织，没有制定有关法律的必要。我们认为，产生这种看法的原因有两个：一是黑社会犯罪组织的认定标准过高，他们往往以西方的黑手党、南美的麦德林贩毒集团和我国解放前杜月笙、黄金荣的青红帮组织为蓝本，象这样有雄厚实力、严密组织、祸国殃民的庞大犯罪集团才称得上黑社会组织，而我国没有出现如此大规模的犯罪组织；二是对我国目前犯罪发展态势和犯罪对象的内在发展规律缺乏科学的认识。现阶段我国有组织犯罪的发展是触目惊心的，就团伙犯罪而言，在整个犯罪中占有很大的比重，而且有的犯罪团伙已发展到了相当的规模，如辽宁的段氏四兄弟集团、黑龙江的乔四集团、江苏的吴家珍集团等集团都是初具规模的黑社会性质犯罪组织。退一步讲，即使现在没有高级形态的黑社会犯罪组织，根据犯罪发展的规律，有组织犯罪必将向规模化的黑社会组织发展。因此，制定惩治黑社会组织犯罪的刑事法律是十分必要的，否则，等到黑社会犯罪组织破茧成长、终成大患时再进行打击，为时已晚，我们应吸取意大利惩治黑手党失败的教训。

（３）主观方面是故意。其组织、领导者往往具有攫取金钱权力、争霸一方的目的。只要行为人认识到所组

织、领导或参加的团体是从事以暴力、威胁或者其他手段，有组织地进行违法犯罪活动，称霸一方，为非作恶,欺压、残害群众等活动的，就应认为具有本罪的故意。至于行为人是否认识到所组织、领导或参加的团体属于刑法所称的黑社会性质的组织，不影响故意的成立。换言之，本罪的故意，只要求对该集团从事活动的事实有认识，不要求对该集团的法律性质有认识。

（4）客观方面表现为行为人组织、领导和积极参加以暴力威胁或者其他手段,有组织地进行违法犯罪活动，称霸一方，为非作恶，欺压、残害群众，严重破坏经济、社会生活秩序的黑社会性质的组织的行为。所谓组织黑社会性质组织，是指行为人为了实施其违法犯罪的目的，为首发起、纠集和组织有共同目的人，建立黑社会性质组织的行为。所谓领导黑社会性质的组织，是指在黑社会性质的组织中处于领导地位，对该组织的活动进行策划指挥、协调的行为。所谓参加黑社会性质的组织，是指自愿而积极加入黑社会性质的组织的行为。本罪是行为犯，只要实施了组织、领导和积极参加黑社会性质的组织，即构成犯罪。同时本罪属选择性罪名，只要实施组织、领导、积极参加的行为之一的，即构成本罪。组织黑社会性质的组织的，定组织黑社会性质的组织罪，领导黑社会性质的组织的，定领导黑社会性质的组织罪，积极参加黑社会性质的组织的，定积极参加黑社会性质的组织罪。

犯本罪，同时又有其他犯罪行为，分别定罪，依本法关于数罪并罚的规定处罚。

3.认定

（1）要将本罪与普通刑事犯罪集团相区别。黑社会性质的组织具有攫取金钱权力、称霸一方的目的，以暴力、威胁为基本手段，从事各种各样的违法犯罪活动，并且具有较强的政治、经济实力、较大的组织规模及较严密的组织形式。而普通犯罪集团虽然也是有组织、有预谋、有计划地进行犯罪，但其目的是具体的，如进行盗窃、抢劫,或者走私、贩毒,因而通常实施一种或数种犯罪，集团的规模、政治经济实力尚不足以称霸一方，集团的内部分工相对简单，在组织形式上也不如黑社会性质的组织严密。

（2）注意一罪与数罪的问题。组织、领导和积极参加黑社会性质的组织，这本身就是刑法上独立的犯罪，因此，犯组织、领导、参加黑社会性质的组织罪，又有其他犯罪行为的，如指使组织成员杀人、放火或者接受组织派遣任务实行杀人、放火等犯罪行为的，应当实行数罪并罚。

4.处罚

第294条规定，对犯组织、领导、参加黑社会性质组织罪的首要分子，处3年以上10年以下有期徒刑，对其他积极参加者，处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。

（七）组织、利用会道门、邪教组织、利用迷信破坏法律实施罪

1.定义

组织、利用会道门、邪教组织、利用迷信破坏法律实施罪，是指组织、利用会道门、邪教组织或者利用迷信破坏国家法律、法规实施的行为。

2.特征

（1）主体限于自然人，多为会道门、邪教组织的组织、领导者、骨干成员和一贯从事迷信活动的人。

（2）客体是正常的社会管理秩序。宪法第36条规定：中华人民共和国民有宗教信仰自由“,”国家保护正常的宗教活动，任何人不得利用宗教进行破坏社会秩序、损害公民身体健康、妨害国家教育制度的活动“。会道门、邪教组织虽然也以倡导某种”教义“为本组织从事活动提供指导，但其”教义“与正常的社会秩序是相悖的。尽管有些会道门、邪教组织将本组织的教义视为某一宗教或某几种宗教的派生或支系,但在其”教义“指引下的活动已超出正常的宗教活动的范围，因而不受宪法和法律的保护。组织、利用会道门、邪教组织、利用迷信破坏国家法律、行政法规的实施，即利用了一些群众的文化水平低，认识能力、辨别能力差等因素，利用了他们落后的世界观和盲目的信仰，对正常的社会秩序予以破坏，妨害了国家法律、行政法规的统一、正确、有效地实施。

为了维护社会稳定，保护人民利益，保障改革开放和社会主义现代化建设的顺利进行，1999年10月30

日第九届全国人大常委会第十二次会议通过了《关于取缔邪教组织、防范和惩治邪教活动的决定》对于取缔邪教组织、防范和惩治邪教活动提供了法律依据。

（３）主观方面为故意，而且具有煽动、蛊惑他人抗拒国家法律、法规实施的目的。

（４）客观方面表现为组织、利用会道门、邪教组织或者利用迷信活动破坏国家法律、行政法规实施的行为。

所谓国家法律，是指全国人民代表大会及其常务委员会通过颁行的法律，如宪法、民法、刑法、法官法、国家安全法等。所谓行政法规，是指国务院及其所属机关根据宪法、法律等依法所制定和颁布的有关国家行政管理活动的各种规范性文件的总称，一般采用条例、办法、规则、决议、规定、命令、指示等形式。所谓国家法律、行政法规的实施，是指国家机关及其工作人员、社会团体及公民对法律、法规的具体运用和实现，既包括行政执法机关、司法机关及其工作人员严格执行法律、法规，适用法律、法规，以保证其实施的活动，即法的适用或称执法、司法活动，又包括所有国家机关、武装力量、政党、社会团体、企业事业组织、国家公职人员和全体公民自觉地遵守法律、法规，从而使得其得已实现，即法的遵守。简言之，法律、法规的实施即为执法、司法和守法。组织、利用会道门、邪教组织或者利用迷信所进行的必须是破坏国家法律、法规实施。如果不是破坏国家法律、法规实施，而是致人死亡、奸淫妇女、诈骗财物、宣传煽动分裂国家、颠覆国家政权等犯罪的，则应以他罪如组织、利用会道门、邪教组织、利用迷信致人死亡罪，强奸罪，诈骗罪，煽动分裂国家罪，煽动颠覆国家政权罪等治罪科刑。

破坏国家法律、行政法规实施，必须是有组织、利用会道门、邪教组织或者利用迷信活动的行为。所谓组织，是指为组成、建立会道门、邪教组织而开展的鼓动、俏集、纠合他人参加，草拟组织规程、纪律等活动，如创设会道门、邪教组织；恢复已查禁的会道门、邪教组织；发展教徒、道徒，招收会员，秘密设坛、设点；等等。所谓利用，是指依靠、凭籍会道门、邪教组织的力量进行活动，如利用会道门、邪教组织制造、散布谣言，蛊惑人心；称孤道寡，封王拜相；鼓动他人寻求极乐或者逃避现实等。所谓组织、利用会道门、邪教组织进行破坏活动，则主要是指：传播封建迷信，攻击国家法律、法规；制造、散布“人类将遭受大劫”、“地球即将毁灭”等谣言，制造混乱，抗拒、干扰执法、司法活动；从事诸如“升天”、“寻主”等迷信宗教活动，鼓动群众放弃工作、生产、学习，逃避现实，消极处世，抗拒法律、法规实施等待。所谓会道门，是会门、道门等封建迷信活动组织的总称。包括一贯道、九宫道、先天道、后天道、大刀会、哥老会、青红帮等反动封建迷信组织。所谓邪教组织，是指冒用宗教、气功或者其他名义建立，神化首要分子，利用制造、散布迷信邪说等手段蛊惑、蒙骗他人，发展、控制成员，危害社会的非法组织。在我国，目前已出现了诸如呼喊派、新约教会、观音法门、天父的女儿、门徒会、灵教、灵仙真佛字、法轮功等邪教组织。所谓迷信则是指会道门、邪教组织外的非组织的迷信活动，如占卜、算命、测字、祈雨、讨圣水、做道场、烧香拜佛、治病驱邪、看阴阳风水等活动。

根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理组织和利用邪教组织犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》（1999 年 10 月 9 日最高人民法院审判委员会第 1079 次会议、1999 年 10 月 8 日最高人民检察院检察委员会第九届第 47 次会议通过）的规定，组织和利用邪教组织并具有下列情形之一的，依照本罪定罪处罚：（１）聚众围攻、冲击国家机关、企业事业单位，扰乱国家机关企业事业单位的工作、生产、经营、教学和科研秩序的；（２）非法举行集会、游行、示威，煽动、欺骗、组织其成员或者其他人聚众围攻、冲击、强占、哄闹公共场所及宗教活动场所，扰乱社会秩序的；（３）抗拒有关部门取缔或者已经被有关部门取缔，又恢复或者另行建立邪教组织，或者继续进行邪教活动的；（４）煽动、欺骗、组织其成员或者其他人不履行法定义务，情节严重的；（５）出版、印刷、复制、发行宣扬邪教内容出版物，以及印制邪教组织标识的；（６）其他破坏国家法律、实施上述行为的。实施上述行为，并具有下列情形之一的，属于“情节特别严重”：（１）跨省、自治区、直辖市建立组织机构或者发展成员的；（２）勾结境外机构、组织、人员进行邪教活动的；（３）出版、印刷、复制、发行宣传邪教内容出版物以及印制邪教组织标识，数量或者数额巨大的；（４）煽动、欺骗、组织其成员或者其他人破坏

国家法律、行政法规实施，造成严重后果的。

情节特别严重，是本罪的加重情节。根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理组织和利用邪教组织犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》(l999 年 10 月 9 日最高人民法院审判委员会第 1079 次会议、l999 年 10 月 8 口最高人民检察院检察委员会第九届第 47 次会议通过）的规定，具有下列情形之一的，属于情节特别严重：(１) 造成 3 人以上死亡的；(２) 造成死亡人数不满 3 人，但造成多人重伤的；(３) 曾因邪教活动受过刑事或者行政处罚，又组织和利用邪教组织蒙骗他人，致人死亡的；(４) 造成其他特别严重后果的。

3.认定

(１) 注意将本罪与合法的宗教活动区别开来。我国法律保护正当的宗教活动。正当的宗教活动，如佛教、道教、基督教、伊斯兰教等，有合法的宗教教义、有相脉以传的宗教典籍、有固定的活动场所，有严格的宗教礼仪。而会道门或者邪教组织则是从事迷信活动或者鼓吹异端邪说，欺骗群众、破坏法律秩序。

(２) 注意将本罪与因愚昧落后而进行的迷信活动区别开来。后者没有破坏国家法律实施的目的，不认为是犯罪。

(３) 将会道门、邪教组织中的组织者、骨干分子与一般参加者区分开来。后者的行为情节显著轻微、危害不大，不能认为犯罪。

(４) 本罪与煽动分裂国家罪、煽动颠覆国家政权罪的区别。如果以会道门和邪教组织作掩护，宣传煽动分裂国家、颠覆国家政权、具有危害国家安全性质的，则应按照煽动分裂国家罪或者煽动颠覆国家政权罪论处。

(５) 本罪与煽动暴力抗拒法律实施罪的区别。要点是：本罪限于采取利用迷信的方式，而不限定煽动暴力；后罪不包括采取利用迷信的方式煽动，口但限定煽动的内容必须包含煽动暴力。鉴于刑法认为以利用迷信的方式破坏法律实施是一种较为严重的犯罪形式，所以如果行为人组织、利用会道门、邪教组织或者利用迷信煽动抗拒国家法律法规实施的，无论是否煽动暴力，都应以本罪论处。

4.处罚

第３００条第 1 款规定，犯组织、利用会道 门、邪教组织、口利用迷信破坏法律实施罪的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑;情节特别严重的，处 7 年以上有期徒刑。根据全国人大常委会《关于取缔邪教组织、防范和惩治邪教活动的决定》的规定，应坚持教育与惩罚相结合，团结、教育绝大多数被蒙骗的群众，依法严惩极少数犯罪分子。在依法处理邪教组织的工作中，要把不明真相参与邪教活动的人同组织和利用邪教组织进行非法活动、蓄意破坏社会稳定的犯罪分子区别开来。对受蒙骗的群众不予追究，对构成犯罪的组织者、策划者、指挥者和骨干分子，坚持依法追究刑事责任；对于自首或者有立功表现的，可以依法从轻、减轻或者免除处罚。

二、招摇撞骗罪与诈骗罪的界限

招摇撞骗罪与诈骗罪的区别，二者区别的要点是：招摇撞骗罪限于以冒充国家机关工作人员的方式骗取包括财产在内的各种利益；诈骗罪不限定以冒充国家机关工作人员的方式骗取财物。如果行为人以冒充国家机关工作人员的特定方式招摇撞骗，骗取了包括财产在内的各种利益的，应认定为招摇撞骗罪。骗取的财物数额特别巨大的，从罚当其罪的角度考虑，应适用想象竞合犯的处理原则、择一重罪处罚，即认定为诈骗罪。

第三节　妨害司法罪

一、重点罪（伪证罪；辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪；窝藏罪；包庇罪）

(一）伪证罪

1.定义

伪证罪，是指在刑事诉讼中，证人、鉴定人、记录人、翻译人对与案件有重要关系的情节，故意作虚假证明、鉴定、记录、翻译，意图陷害他人或者隐匿罪证的行为。

2.特征

(1)主体是特殊主体，即刑事诉讼中的证人、鉴定人、记录人、翻译人。所谓证人，指在刑事诉讼中应司法机关的要求依法作证的自然人。鉴定人，是在刑事诉讼中运用专门的知识和技能依法鉴别案件中某些情节有无或者真伪的人。记录人，是指在刑事诉讼中依法或者受委托担任记录职责的人。翻译人，是指司法机关指定或者聘请为外籍、少数民族或聋哑人等诉讼参与人充当翻译的人员，也包括为案件中的法律文书或证据材料等有关资料作书面翻译的人员。

(2) 客体是公民的人身权利与司法机关的正常活动，是复杂客体。但也有人认为，并不是任何形式的伪证罪都必然侵犯公民的人身权利，例如隐匿罪证的伪证犯罪行为就不侵犯公民的人身权利，但它必须侵犯国家司法机关的正常活动。因此认为，伪证罪侵犯的是单一客体，即国家机关的正常活动。

伪证罪妨碍司法机关的正常活动，这是指司法机关的刑事诉讼活动。司法机关的民事诉讼活动、行政诉讼活动不能成为伪证罪的客体要件。《中华人民共和国民事诉讼法》第 102 条规定，诉讼参与人或其他人员伪造、毁灭重要证据，妨碍人民法院审理案件的，以及以暴力、威胁、贿买方法阻止证人作证及指使、贿买、胁迫他人作伪证的，人民法院可以根据情节轻重，予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任，《中华人民共和国行政诉讼法》第 49 条规定，诉讼参与人或者其他人员伪造、隐藏、毁灭证据的，或者指使、贿买、胁迫他人作伪证及威胁、阻止证人作证的，人民法院可以根据情节轻重，予以训诫、责令具结悔过或者处 1000 元以下的罚款、15 日以下的拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任，因为刑事诉讼与民事、行政诉讼性质不同，同是伪证行为妨碍诉讼所造成的社会危害性大小也有不同，以伪证方式妨碍民事诉讼或行政诉讼活动的，不能直接以伪证罪论处。

本罪侵犯的对象，可以是有罪的人，也可以是被怀疑有罪而实际上是无罪的人。

(3)主观方面是故意，即有意作虚假的证明、鉴定、记录、翻译，并且具有陷害他人或者隐匿罪证的目的。如果行为人不是出于陷害他人的意图或者隐匿罪证，就不能以本罪论处。如行为人因粗心大意，工作不认真，或者学识、业务能力不高而作出了错误的鉴定结论、记录、翻译，或者因错记、漏记、错译、漏译等而不能反映原意，等等。

(4) 客观方面表现为在刑事侦查、起诉、审判中，对与案件有重要关系的情节，作虚假的证明、鉴定、记录、翻译的行为，或者隐匿罪证的行为。所谓作虚假的证明、鉴定、记录、翻译，指证人作了虚假的证明，鉴定人作了不符合事实真相的鉴定，记录人作了不真实的记录，翻译人作了歪曲原意的翻译。所谓隐匿罪证，指掩盖歪曲事实真相、毁灭证据，将应该提供的证据予以隐匿。所谓与案件有重要关表的情节，主要是指对案件是否构成犯罪、犯罪的性质或者对罪行轻重有重大影响的情节。如果伪证的事实无关紧要、对案件的处理影响不大，不能以伪证罪沦处。至于伪证行为是否造成了错判，不影响定罪，可作为量刑的情节予以考虑。

行为人伪造、变造、毁灭凭证、隐瞒事实真相的行为，不是发生在司法机关的刑事诉讼活动中，而是在一般责任事故调查处理中，或是在审计、监察等行政活动中发生的，不能以伪证罪论处。如《中华人民共和国会计法》第 26 条规定，单位行政领导人、会计人员和其他人员伪造、变造、故意毁灭会计凭证、会计帐簿的，给予行政处分；情节严重的，依法追究刑事责任。《中华人民共和国审计法》也规定，对于弄虚作假、隐瞒事实真相的单位、单位直接责任人员、单位负责人以及其它有关人员，审计机关可予以警告、通报批评，并可酌情处以罚款；审计机关认为应当给予行政处分的人员，移送监察或者有关部门处理；对情节严重，构成犯罪的，由审计机关提请司法机关依法追究刑事责任。国务院 1987 年 6 月 29 日颁布实施的《医疗事故处理办法》第 23 条规定，发生医疗事故或者事件后，丢失、涂改、隐匿、伪造、销毁病案或有关资料，情节严重的，对直接责

任人员追究其行政责任；情节严重构成犯罪的，由司法机关依法追究刑事责任。上述法律、法规中提及的情节严重、构成犯罪的行为，虽然在客观上也表现为隐瞒事实真相，毁灭、伪造、隐匿有关资料，但不是在刑事诉讼中，行为所侵犯的客体不同于伪证罪，只能分别情况，以其它犯罪论处。

3.认定

（1）伪证罪与非罪的界限

如果证人如实地根据自己的经验、记忆作出了陈述，即使事后被证明与案件的客观事实真相不一致，也不能以其证明的内容虚假为由认定为犯罪，同样的道理，如果鉴定人、记录人、翻译人不是有意伪证，而是由于水平不高或工作疏忽，而提供了不科学或者不符合实际的鉴定结论、记录、翻译的，亦不构成伪证罪。此外刑事被告人、犯罪嫌疑人就与自己有利害关系的情节作虚假陈述的，不构成犯罪。

（2）伪证罪与诬告陷害罪的界限

这两种犯罪都有陷害他人的故意，两者的区别是，(1)前者的主体是特殊主体；而后者的主体是一般主体。(2)前者的行为是在侦查、审判中发生的；后者的行为是立案侦查之前实施的，并且是引起案件侦查的原因。(3)前者是通过作虚假证明、鉴定、记录、翻译等手段实现的；后者则是作虚假的告发。(4)前者只是在个别与案件有重要关系的情节上，提供伪证；而后者则是捏造了整个犯罪事实。(5)前者的目的可能有两种：既可以是陷害他人，也可以是包庇罪犯；而后者的目的只能是陷害他人，使无罪者受到刑事处分。

（3）伪证罪与包庇罪、包庇毒品犯罪分子罪的界限

这三种犯罪的行为人，睚作虚假证明，为犯罪分子隐匿罪证方面极为相似，目的都是包庇罪犯。其区别主要在于：(1)主体要件不同。伪证罪是特殊主体；后两种包庇犯罪是一般主体。(2)实施犯罪的时间不同，伪证罪只能在侦查、审判阶段实施；后两罪则可以在犯罪分子被逮捕、关押前实施，也可以在被逮捕、判刑之后实施。(3))犯罪的内容不同。伪证罪掩盖的是与案件有重要关系的犯罪情节；后两罪所掩盖的可以是全部罪行或者重要犯罪事实。(4)包庇对象的情况不同。伪证罪包庇的是在侦查、审判中，未被逮捕或者未被判决的未决犯罪嫌疑人；后两罪所包庇的可以是未决犯罪嫌疑人，也可以是已决犯人，或者是服刑中逃跑的犯罪分子。

4.处罚

第３０５条规定，犯伪证罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处3年以上7年以下有期徒刑。所谓情节严重，□一般指因伪证造成较为严重的冤案、错案的，如使无辜的人受到刑事处罚，使犯罪分子逃脱应受的惩罚等；因伪证造成不可挽回的损失的，如致无辜者或者不应处死刑的罪犯被判处死刑的；因伪证造成被害人精神失常或者家破人亡的；使刑事诉讼工作受到严重破坏的；伪证的动机十分卑鄙、手段极端恶劣的，等等。

（二）辩护人、□诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪

1.定义

辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪，是指在刑事诉讼中,辩护人、□诉讼代理人毁灭、伪造证据，帮助当事人毁灭、伪造证据，威胁、引诱证人违背事实改变证言或者作伪证的行为。

2.特征

(1)主体是特殊主体，即限于刑事诉讼中的辩护人、诉讼代理人。《刑事诉讼法》第２３条规定，下列的人可以被委托为辩护人：1□律师；2□人民团体或者犯罪嫌疑人、被告人所在单位推荐的人；3□犯罪嫌疑人、被告人的监护人、亲友。诉讼代理人是指刑事自诉案件原告方委托的代理人或者公诉案件中被害人委托的代理人，另外，也应包括根据《刑事诉讼法》第９６条的规定，受犯罪嫌疑人聘请为其提供法律咨询、代理申诉、控告的律师。在实际生活中，多为律师担任辩护人，诉讼代理人。

(2) 客体是公民的人身权利与司法机关的正常活动，是复杂客体。本罪妨碍司法机关的正常活动，是指司法机关的刑事诉讼活动。司法机关的民事诉讼活动、行政诉讼活动不能成为本罪的客体要件。《中华人民共和国

民事诉讼法》第 102 条规定，诉讼参与人或其他人伪造、毁灭重要证据，妨碍人民法院审理案件的，以及以暴力、威胁、贿买方法阻止证人作证及指使、贿买、胁迫他人作伪证的，人民法院可以根据情节轻重，予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。《中华人民共和国行政诉讼法》第 49 条规定：诉讼参与人或者其他人员伪造、隐藏、毁灭证据的，或者指使、贿买、胁迫他人作伪证及威胁、阻止证人作证的，人民法院可以根据情节轻重，予以训诫、责令具结悔过或者处 l000 元以下的罚款、l5 日以下的拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。因为刑事诉讼与民事、行政诉讼性质不同，同是妨害证据行为妨碍诉讼所造成的社会危害性大小也有不同，妨碍民事诉讼或行政诉讼活动的，不能直接以本罪论处。

(3)主观方面是故意，过失不能构成。为了强调构成本罪必须具有妨害证据的故意，第３０６条第 2 款特别指出："辩护人、诉讼代理人提供、出示、引用的证人证言或者其他证据失实，不是有意伪造的，不属于伪造证据。"

(4)客观方面表现为实施妨害证据的行为：①行为人直接或者唆使当事人以外的人毁灭、伪造证据。毁灭是指使证据灭失或者丧失证明案件真相的作用、效力。伪造是指改变证据证明的内容或方向。②帮助当事人毁灭、伪造证据，即唆使或者提供便利条件，由当事人毁灭伪造证据。由于当事人与案件的审判结果有直接的利害关系，因此他们妨害证据的行为不认为是犯罪，也不能构成本罪的共犯。③威胁、引诱证人违背事实改变证言或者作伪证。所谓威胁，是指以暴力或者其他方式施加迫害，对证人进行恐吓；但是告之证人不如实作证应负的法律责任不是威胁。所谓引诱，是指以金钱等物质利益对证人进行收买，或者以女色等非物质性的利益对证人进行诱惑。为了帮助证人回忆经历的情况而作的一些提示甚至诱导，不能认为是引诱。所谓违背事实改变证言或者作伪证，是指要证人作出与其经验、记忆不一致的证言，即要求证人不如实作证。证人的经验、记忆可能是正确的，也可能是错误的，所以证人证言最终是否与案件真相一致与是否违背事实作证不完全等同。

本罪的行为对象是刑事诉讼证据，即《刑事诉讼法》所规定的 7 种证据：物证、书证;证人证言；被害人陈述；犯罪嫌疑人、被告人陈述；犯罪嫌疑人、□被告人的供述和辩解；鉴定结论；勘验、检查笔录；视听资料。行为人在刑事诉讼任何阶段实施上述妨害刑事诉讼证据行为之一的，就具备本罪的客观要件。

3.处罚

第３０６条规定，犯辩护人、诉讼代理人妨害证据罪的，处 3 年以下有期徒刑或拘役；情节严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。所谓情节严重，□一般指：因妨害证据的行为导致司法机关无法查明、证实案件真相的；因妨害证据的行为导致司法机关对案件作出了错误的处理的；犯罪的目的、动机特别恶劣的；犯罪手段特别恶劣的，等等。

（三）窝藏、包庇罪

1.定义

窝藏、包庇罪，是指明知是犯罪的人而为其提供隐藏处所、财物、帮助其逃匿或者作假证明包庇的行为。

2.特征

(1)主体限于自然人一般主体。

(2)客体是司法机关追诉、制裁犯罪分子的正常活动。

(3)主观方面是故意，即明知对方是犯罪的人而予以窝藏、包庇，使其逃避法律制裁。明知对方是犯罪的人，包括知道对方是被司法机关采取了强制措施或者正在被司法机关通缉、抓捕的犯罪嫌疑人、刑事被告人；知道对方是正在服刑的罪犯；知道对方已实施了犯罪行为，需要躲避司法机关的调查、处理。不知对方是犯罪的人，或者虽然知道对方是犯罪的人但无使其逃避法律制裁或司法机关追究的目的的，不能构成本罪。

(4)客观方面表现为为犯罪的人提供隐藏处所、财物、帮助其逃匿或者作假证明包庇的行为。具体可分为：①提供隐藏处所,□通常表现为将犯罪人留宿于家中，也包括为犯罪人包用客房、借赁房屋、介绍至亲友处隐藏。②提供财物，资助或协助犯罪人逃匿，如提供路费、宿费、给隐藏起来的犯罪分子送水、送饭等。③帮助其逃

匿，主要是指提供其他便利条件帮助逃匿，如为犯罪分子带路、指示逃匿的方向、路线、地点，提供交通便利等。④作假证明包庇，是指非以证人的身份向司法机关提供虚假的证明材料为犯罪分子掩盖罪行或者开脱、减轻罪责。如提供虚假的出生证明。本罪的行为对象是犯罪的人。这里所谓犯罪的人是指已经实施了犯罪行为、正受追查或者正在逃匿的人，既包括已决犯也包括未决犯。

(1)窝藏、包庇犯罪分子，情节严重的，是严重的窝藏、包庇罪。所谓情节严重一般指：窝藏、包庇多人；一贯或多次窝藏、包庇的；窝藏、包庇罪恶严重的犯罪分子的；被窝藏、包庇的犯罪分子其间又犯下严重罪行的；窝藏、包庇被在全国范围通缉的犯罪分子的；窝藏、包庇的动机、手段十分恶劣的，等等。

(2)《刑法》第３６２条规定，旅馆业、文化娱乐业、出租汽车业等单位的人员，在公安机关查处卖淫嫖娼活动时，为违法犯罪分子通风报信，情节严重的，依照第３１０条的规定定罪处罚，即按包庇罪定罪处罚。这种特殊包庇罪的犯罪构成如下：

①主体是旅馆业、文化娱乐业、出租汽车业等单位的人员，包括在上述单位工作或者受雇佣的一切人员，如负责人、正式职工、临时工。②客体是司法机关查处卖淫嫖娼活动的正常工作秩序。③主观方面是故意，具有使卖淫嫖娼人员逃避查处的目的。④客观方面表现为在公安机关查处卖淫、嫖娼活动时，为违法犯罪分子通风报信的行为。所谓通风报信，是指将公安机关查处卖淫、嫖娼的部署、行动地点、时间、对象及其他有关消息告知违法犯罪人员；或者为违法犯罪分子放哨、望风，在发现前来查处的公安人员时，立即向违法犯罪分子通报情况，使其躲避。以通风报信方式包庇的行为对象是从事卖淫、嫖娼的违法犯罪分子，既包括组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫的犯罪分子、传播性病的犯罪分子，也包括从事卖淫嫖娼的违法人员。

根据刑法规定，这种行为必须情节严重才构成包庇罪。所谓情节严重，一般是指：一贯或者多次通风报信的；致使大量违法犯罪分子躲避查处的；致使公安机关重大查处行动失败的；公安人员利用职务之便通风报信的，等等。

3．认定

（1）要把窝藏、包庇罪与一般知情不举的行为区别开来。知情不举是指明知是犯罪分子而不检举告发的行为。它与窝藏、包庇罪的区别在于主观上没有使犯罪分子逃避法律制裁的目的，客观上没有实施窝藏、包庇的行为。知情不举不构成本罪。明知是犯罪的人而有一般交往，无窝藏、包庇意图的，应属于知情不举。

（2）划清窝藏、包庇罪与伪证罪的界限。作假证明包庇的行为与伪证行为相似。它们的区别是：(1)犯罪主体不同，包庇罪的主体是一般主体；伪证罪的主体是特殊主体，只限于证人、鉴定人、记录人、翻译人。(2)犯罪的时间不同，包庇罪可以在刑事诉讼过程中实施，也可以在此之前实施；而伪证罪只能在刑事诉讼过程中实施。因此，特定的主体在刑事诉讼中作伪证以包庇犯罪分子的，是伪证罪，其他人在刑事诉讼之前或之中提供假证明包庇犯罪分子的，是包庇罪。

（3）包庇罪与帮助毁灭、伪造证据罪的区别。包庇罪的作假证明包庇犯罪分子行为与帮助毁灭、伪造证据罪的伪造证据行为极其相似。二者的主要差别是发生的场合和行为对象不同，包庇罪的作假证明行为限于为刑事案件中的犯罪分子作假证明；而帮助毁灭、伪造证据罪的伪造证据行为，可以是在任何诉讼案件(刑事、□非刑事)中伪造任何证据(包括伪造假证明)。作假证明实际上是伪造证据的情况之一。鉴于包庇罪是较为特殊、具体的规定，对以作假证明的方式包庇犯罪分子的，应以包庇罪定罪处罚。

另外，帮助当事人毁灭罪证、湮灭罪迹的行为，应属于帮助毁灭、伪造证据罪的行为之一，对这种行为应以帮助毁灭、伪造证据罪论处，不宜再以包庇罪论处。

（4）窝藏、包庇罪与共同犯罪的区别。事先未与被窝藏、包庇的犯罪分子通谋，而在事后予以窝藏、包庇的，是窝藏、包庇罪。如果只是知道作案人员要去实施犯罪,事后予以窝藏、包庇的，或者事先知道作案人员要去实施犯罪，未去报案，□犯罪发生后又窝藏、包庇犯罪分子的，不认为是事先通谋，不应以共犯论处，而单独构成窝藏、包庇罪。如果事先通谋，即窝藏、包庇犯与被窝藏、包庇的犯罪分子，在犯罪活动之前，就谋划

或合谋，答应犯罪分子作案后给予窝藏、包庇的，应以共同犯罪论处。

4.处罚

第３１０条规定，犯窝藏、包庇罪的，处３年以下有期徒刑、拘役或者管制；情节严重的，处３年以上１０年以下有期徒刑。

二、窝藏罪与包庇罪的界限

窝藏与包庇为一罪，选择式罪名，不可分割为两个罪名。

第四节 妨害国（边）境管理罪

一、重点罪（组织他人偷越国（边）境罪；偷越国（边）境罪）

（一）组织他人偷越国(边)境罪

1.定义

组织他人偷越国(边)境罪，是指策划、鼓动、串连、欺骗、拉拢他人偷越我国国境或边境，以及为越境人员出谋划策，创造、提供条件的行为。

2.特征

(1)主体是组织他人偷越国(边)境的组织者。即达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力，实施了组织他人偷越国（边）境行为的自然人。单位不能成为组织他人偷越国（边）境罪的主体。本罪主体没有国别及居住地的限制，不论是中国公民（包括港澳台地区的居民）还是外国人，也不论是边境地区的居民还是内地来过境地区的居民，均可构成组织他人偷越国（边）境罪。这种人俗称“蛇头”，可以是一人，也可以是多人，可以是中国人，也可以是外国人。被组织者不能构成本罪，但可能构成偷越国(边)境罪。

(2)客体是我国国(边)境管理的正常秩序。国家对国（边）境管理的正常秩序，维系着国家主权、领土完整和国（边）境的安全以及社会秩序的稳定。为此，我国制订了《边防检查条例》、《中华人民共和国外国人入境出境管理法》和《中华人民共和国公民出境入境管理法》等一系列法规。这些法规明确规定，任何人出入我国的国（边）境，必须依照法律规定，履行必要的申办手续，经有关部门签发出入国（边）境的证件，在规定的时间、地点出入我国国（边）境。一些不法分子利用某些人向往、追求外国及港澳地区的生活，出境谋生的思想，组织他们偷越国（边）境而从中大发不义之财。这种行为无疑严重破坏了国家对国（边）境的管理秩序，影响了我国社会秩序的稳定，在国际上给我国造成了恶劣影响，而且还会给国内外的犯罪分子包括敌特间谍分子非法出入我国国（边）境，进行犯罪活动或逃避法律制裁以可乘之机。

(3)主观方面是故意。其目的是要将他人非法送出或引进国(边)境。主观上不一定必须具备以营利为目的。实践中，组织他人偷越国（边）境的犯罪一般是以营利为目的。但也不能排除不以营利为目的而实施的组织他人偷越国（边）境的行为，如以走私、拐卖人口、诈骗等犯罪活动为目的，而实施组织他人偷越国（边）境的行为。

(4)客观方面表现为组织他人偷越我国国境、边境的行为。所谓组织，主要是指策划、鼓动、串连、拉拢、欺骗他人，促使其偷越国(边)境，以及为偷越活动出谋划策，多方联络，安排偷越时间、地点、路线、运输工具等。实践中，行为人多为兼而实施上述行为，也有只实施其中部分行为且多为共同犯罪。

3.认定

（1）本罪与走私罪的界限

这两罪有着本罪的区别，一是侵犯的客体不同，组织他人偷越国（边）境罪侵犯的客体是国家对国（边）境的正常管理秩序；而走私罪侵犯的客体是国家的对外贸易管理制度，其走私的对象是指国家禁止、限制进出口的任何物品，二是客观方面有所不同。前者是非法组织他人偷越国（边）境；而后者则是非法携带、运输国家禁止、限制进出口的物品进出国（边）境。二者相同点是都是非法进出国（边）境，两罪从构成特征上看不难区分，但司法实践中存在着以走私为目的，组织他人偷越国（边）境的行为，对此如何处理，我们认为，走私是目的行为、组织他人偷越国（边）境是为达到走私目的的手段行为，根据本法关于牵连犯的处罚原则，应以其所犯罪行中的重罪论处。

（2）本罪与运送他人偷越国（边）境罪的界限

组织他人偷越国（边）罪在客观方面表现为通过拉拢、串连、诱使、煽动等方式，有组织、有计划地安排他人偷越国（边）境的行为；而运送他人偷越国（边）境罪在客观方面则表现为，行为人采用步行的方式陪伴偷渡者或者用车辆、船只、航空器等交通运输工具将偷渡者带出或者运送出入国（边）境的行为。因而，如果行为人组织了一批人偷越国（边）境后，又运送另一批人偷越国（边）境的，则具备了两种犯罪的构成要件，应以组织他人偷越国（边）境罪和运送他人偷越国（边）境罪两个罪名，实行数罪并罚；但如果行为人既组织、又运送同一批人偷越国（边）境的，则属刑法理论中的牵连行为，根据牵连犯“从一重罪处断”的原则，以组织他人偷越国（边）境罪论处；对于直接参与组织他人偷越国（边）境而分工负责运送的，亦应以组织他人偷越国（边）境罪定罪量刑。

（3）本罪与偷越国（边）境罪的界限

主要区别是：1、犯罪主体不同。组织他人偷越国（边）境罪的主体尽管是一般主体，但实际上、只有偷越国（边）境犯罪活动的组织者，即从事组织他人偷越国（边）境犯罪活动的“蛇头”，才能构成组织他人偷越国（边）境罪；而偷越国（边）境罪的犯罪主体在立法上无任何特殊要求，只要是达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力，实施了偷越国（边）境行为的自然人，均可成为偷越国（边）境罪的犯罪主体。所以，如果不是从事组织他人偷越国（边）境犯罪活动的“蛇头”有组织、有计划地煽动、拉拢、串连、动员、安排他人偷越国（边）境，而是在共同偷越国（边）境的过程中，出于江湖义气或亲友私情，为个别偷越国（边）境的人员提供有关帮助的行为，不构成组织他人偷越国（边）境罪，其中情节严重者，以偷越国（边）境罪的共犯处理。2、犯罪客观方面的表现形式不同。组织他人偷越国（边）境罪在客观方面表现为，以抗拢、串连、诱使、煽动等方式，有组织、有计划地安排他人偷越国（边）境的行为；而偷越国（边）境罪在客观方面则表现为，违反国（边）境管理法规，偷越国（边）境的行为。

4．处罚

根据第3 18条的规定，犯组织他人偷越国(边)境罪的，处2年以上7年以下有期徒刑，并处罚金；犯严重组织他人偷越国(边)境罪的，处7□年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。严重的组织他人偷越国边境罪，是指组织他人偷越国(边)境，又具有下列情形之一的情况：(1)组织他人偷越国(边)境集团的首要分子，即策划、领导、指挥组织他人偷越国(边□)境集团的犯罪分子；(2)多次组织他人偷越国(边)境或者组织他人偷越国(边)境人数众多的，□即组织他人偷越国(边)境3次或3次以上的；(3)造成被组织人重伤、死亡的，即在组织偷越国(边)境过程中，由于交通工具出现故障等原因导致伤亡事故或者导致被组织人自杀等；(4)剥夺或者限制被组织人人身自由的，即采取强制方法对被组织人人身自由进行剥夺或限制的；(5)以暴力、威胁方法抗拒检查的，即对边防、海防等依法执行检查任务的人实施殴打、伤害、杀害等暴力行为或者以暴力等手段相威胁，抗拒检查的；(6)违法所得数额巨大的，即通过组织他人偷越国(边)境，获取巨大数额金钱的；(7)有其他特别严重情节的，即除以上6种情况以外，具有其他后果特别严重、手段特别残忍、影响特别恶劣等特别严重情节。由于组织他人偷越国(边)境，又具上列之一情形，产生了量的和部分质的变化，成为严重的犯罪构成，其社会危害性亦变得特别严重。

犯前款罪，对被组织人有杀害、伤害、强奸、拐卖等犯罪行为，或者对检查人员有杀害、伤害等犯罪行为的，依照数罪并罚的规定处罚。

（二）偷越国(边)境罪

1.定义

偷越国(边)境罪，是指违反国(边)境管理法规，偷越国(边)境，情节严重的行为。

2.特征

①主体是自然人一般主体。

②客体是国家对出入国(边)境管理的秩序。所谓国境，是指我国与邻国的交界。所谓边境，是指大陆与香港、澳门、台湾等地区的分界。国（边）境是出入国家的门户，为了维护国家主权、安全和社会管理秩序，我国政府采取了许多措施来加强对出入国（边）境的管理。1986 年 2 月 1 日，我国开始实施《中华人民共和国公民出境入境管理法》和《中华人民共和国外国人入境出境管理法》，按照这两个法律有关规定，一切中国公民或外国人出入境时，都应向有关主管部门提出出境或入境的申请，并办理一切有关手续，违反上述法律规定，非法出入国（边）境者，都是对我国出入国（边）境管理秩序的侵犯，这是法律所不允许的。

③主观方面是故意，即明知是国（边）境线却仍决意偷越的。如果行为人不明确或不知道是国（边）境界，而误出或误入的，不能构成本罪。实施本罪的动机是多种多样的，有的是违反了纪律，为了逃避处分；有的是犯了罪，为逃避刑事处罚；有的是为了走私贩毒等。不同的动机可以作为处罚情节考虑，但不影响犯罪的成立。但对一般居民为了探亲访友、赶集、过境耕种或出国谋生，一般不宜以犯罪论处，可按我国出入境管理法规，给予一定的行政处罚。

④客观方面表现为偷越国（边）境，情节严重的行为。所谓“偷越国（边）境”，是指违反国（边）境管理法规，非法出入国（边）境的行为。其偷越国（边）境的手段和方法可以是多种多样的，一般表现为在不准通过的地点秘密出入境，有用船偷渡的，也有靠车马或步行偷越的；有的虽然是在指定的地点通过，但伪造、涂改、冒用出入境证件或用其他蒙骗手段蒙混过关的，例如有人藏在进出国（边）境的飞机、船只、汽车里，也有人藏在叫入境装货的集装箱或行李箱中。无论采取什么方法，只要是实施了非法出入境等行为的，都是偷越国(边)境行为。在这里，需要注意的是，行为人仅只是涂改、伪造了出入境文件，还没有进一步实施偷越国（边）境行为的，就不能构成本罪，而可能触犯其他罪名，如伪造公文、证件、印章罪，对外国人入境后在我国非法居留、停留的，或者到不对外国人开放地区旅行的、都不能视为偷越同（边）境的行为、不能以本罪论处。

根据本条的规定，偷越国（边）境的行为，只有“情节严重的”才构成犯罪。根据最高人民法院 1993 年 9 月 24 日发布的《关于严厉打击偷渡犯罪活动的通知》第 4 条的规定，具有下列情节之一的、即为“情节严重”:（1）在境外实施损害国家利益行为的；（2）为逃避法律制裁偷越国（边）境的；（3）偷渡时对边防、公安人员等使用暴力相威胁的；（4）介绍、引诱多人一起偷渡的；（5）在偷越国（边）境过程中有其他违法行为造成严重后果的；（6）有其他严重行为的。此规定，在实践中认定该罪时仍可参照。具体地，应结合犯罪动机、犯罪目的、犯罪行为的方式及造成的后果、偷越国（边）境的次数等因素予以全面分析，综合认定。对那些边民、渔民为探亲访友、赶集、过境作业等原因偶尔非法出入国（边）境；或者是为贪图省事而非法出入国（边）境，情节不严重的，以及因听信他人唆使、不知道偷越围（边）境是违法行为而偷越国（边）境等情况，一般不以犯罪论处。在国（边）境地区误出误人的，更不应作为偷越国（边）境罪处理。偷越国（边）境的一般违法行为，可给予治安行政处罚或者批评教育，使其改正。

3.认定

（1）本罪与叛逃罪的界限

主要区别是：1、犯罪主体不同。偷越国（边）境罪的犯罪主体是一般主体；而叛逃罪的犯罪主体则是特殊主体，即国家机关工作人员，不仅包括在国家机关依法从事公务的人员，还包括国家机关内的非从事公务的人

员。2、犯罪主观故意的内容不同。偷越国（边）境罪在主观方面表现为，行为人明知偷越国（边）境的行为是违法行为，会给国家对国（边）境的正常管理秩序造成破坏，而仍然希望这一危害社会的结果的发生；而叛逃罪直接故意的内容是，行为人明知自己是国家机关工作人员不应叛逃，而仍然故意为之。3、犯罪客观方面的表现形式不同。偷越国（边）境罪在客观上表现为，违反国（边）境管理法规，偷越国（边）境的行为；叛逃罪在客观方而则表现为，国家机关工作人员在履行公务期间，擅离岗位，叛逃境处或者在境外叛逃，危害中华人民共和国国家安全的行为。4、犯罪客体不同。偷越国（边）境罪侵犯的直接客体是国家对国（边）境的正常管理秩序；而叛逃罪侵犯的客体则是中华人民共和国的国家安全。

（2）偷越国（边）境罪与军人叛逃罪的界限

主要区别是：1、犯罪主体不同。偷越国（边）境罪的犯罪主体是一般主体，无论中国公民、外国人还是无国籍人均可成为偷越国（边）境罪的犯罪主体；而军人叛逃罪的犯罪主体则只能是现役军人。2、犯罪客观方面的具体表现形式不同。偷越国（边）境罪在客观方面表现为，违反国（边）境管理法规，偷越国（边）境，情节严重的行为；而军人叛逃罪在客观方面则表现为，在履行公务期间，擅离岗位叛逃境外或者在境外叛逃的行为。3、犯罪侵犯的客体不同。偷越国（边）境罪侵犯的同类客体和直接客体都是国家对国（边）境的正常管理秩序；而军人叛逃罪侵犯的同类客体是我国的军事利益，直接客体是国家的国防安全和军人永不叛国的职责。

4．处罚

第３２２条规定，犯偷越国(边)境罪的，处１年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。

二、组织他人偷越国（边）境罪与非罪的界限

必须有组织行为，即策划、鼓动、串连、拉拢、欺骗他人，促使其偷越国(边)境，以及为偷越活动出谋划策，多方联络，安排偷越时间、地点、路线、运输工具等。

第五节　妨害文物管理罪

一、重点罪（故意毁损文物罪、倒卖文物罪）

（一）故意损毁文物罪

1.定义

故意损毁文物罪，是指故意损毁国家保护的珍贵文物或者被确定为全国重点文物保护单位、省级文物保护单位的文物的行为。

2.特征

(1)主体是一般主体，限于自然人。

(2)客体是国家文物管理机关对文物的正常管理活动。本罪的对象是国家保护的珍贵文物和被确定为全国审点文物保护单位、省级文物保护单位的文物。所谓国家保护的珍贵文物，是指具有重大历史、科学、艺术价值的文物。根据《文物保护法》(1982年11月19日)第二条及其实施细则的规定，珍贵文物包括具有重大历史、科学、芝术价值的纪念物、艺术品、工艺美术品、革命史献资料、手稿、古旧图书资料以及代表性实物等文物，珍贵文物分为一、二、三级，是否属于珍贵文物由有关部门依法鉴定确认。此外具有科学价值的古脊椎动物化石和古人类化石同文物一样受国家保护。所谓全国重点文物保护单位、省级文物保护单位的文物，是指由国务院、省、自治区、直辖市人民政府根据文物的历史、艺术、科学价值，核定公布并予以重点保护的革命遗址、纪念建筑物、古文化遗址、古墓葬、古建筑、石窟寺、石刻等文物。所谓全国重点文物保护单位，是指国家行

政管理部门在各级文物保护单位中，选择出来的具有重大历史、艺术、科学价值并报国务院核定公布的单位以及国家文化行政管理部门在各级文物保护单位中，直接指定出来并报国务院核定公布的单位；所谓省级文化保护单位，是指由省、自治区、直辖市人民政府核定并报国务院备案的文物单位。

(3)主观方面是故意，即明知是国家保护的珍贵文物等，而故意损毁。至于行为人实施损毁行为的动机可能不尽相同，动机如何，不影响本罪构成，但是，如果行为人不知是文物将其损坏，或者虽然知道，但由于过失将其损毁，不构成本罪。所谓情节严重，一般是指：多次损毁、屡教不改的；损毁国宝级文物的；损毁大量珍贵文物或致使国家重点文物保护单位的文物毁损严重的；损毁文物动机极其恶劣的等等。

(4)客观方面表现为损毁国家保护的珍贵文物和国家级、□省级文物保护单位的文物的行为。所谓损毁文物，是指改变文物的性质、面貌和形状的行为。损毁的方法是多种多样的，如砸毁、焚烧、挖掘、拆卸、污损等等。关于损毁的程度或范围，刑法并无特别的限定，因此可以是完全损毁，也可以是部分损毁。损毁的对象可分为两类：一类是可移动的国家保护的珍贵文物。它是指具有重大历史、科学、艺术价值的文物。根据《文物保护法》第2条及其实施细则的规定，珍贵文物包括具有重大历史、科学、艺术价值的纪念物、艺术品、工艺美术品、革命文献资料、手稿、古旧图书资料以及代表性实物等文物。珍贵文物依法分为一、二、三级。是否属于珍贵文物由有关部门鉴定确认。此外，具有科学价值的古脊椎动物化石和古人类化石同文物一样受国家保护。另一类是不可移动的珍贵文物，即全国重点文物保护单位和省级文物保护单位的文物。前者是由国务院核定公布后确定的文物保护单位；后者是由省、自治区、直辖市人民政府核定公布确定的文物保护单位。只有损毁珍贵文物或者国家级、省级文物保护单位的文物的，才构成本罪。

故意损毁珍贵文物，情节严重的，构成严重形式的故意损毁珍贵文物罪。所谓情节严重，一般指：多次损毁、屡教不改的；损毁文物数量较大或价值巨大的；损毁一、二级珍贵文物或珍贵文物中的孤品以及稀世珍宝的；损毁国家重点文物保护单位的文物造成不可弥补的损坏的；损毁文物动机极其恶劣的，等等。

3.处罚

第324条第1款规定，犯故意损毁文物罪的，□处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节严重的，处3年以上10年以下有期徒刑，□并处罚金。

（二）倒卖文物罪

1.定义

倒卖文物罪，是指以牟利为目的，倒卖国家禁止经营的文物，情节严重的行为。

2.特征

（1）主体为一般主体，凡达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力的自然人均可成为本罪主体。依本条第2款之规定，单位也可成为本罪的主体。

（2）客体是国家的文物管理制度。国家的文物管理制度，主要是以文物保护法为核心的一系列有关文物保护的法规。根据法律、法规的规定，中华人民共和国境内地下、内水和海中遗存的一切文物，属于国家所有。古文化遗址、古墓葬、石窟寺属于国家所有。国家机关、部队、全民所有制企业、事业组织收藏的文物，属于国家所有。文物只能由文化行政主管部门指定的单位收购，其他任何单位或者个人不得经营文物收购业务。对于那些以牟利为目的，倒卖国家禁止买卖的文物，势必影响国家对于文物的管理，损害我国文化行政部门的声誉，扰乱文物市场和正常的文物收购秩序，因此、本法将倒卖文物规定为犯罪予以惩治。

本罪的对象是国家禁止经营的文物，所谓“国家禁止经营的文物”，是指受国家保护的并由国家有关主管部门核定公布的属于禁止经营的文物。1992年国家文物局等部门就曾下发《关于加强文物市场管理的通知》，规定了部分禁止经营的文物的具体范围，是指未经许可不得经营的一、二、三级珍贵文物以及其他受国家保护的具有重大历史、文化、科学价值的文物。

（3）主观方面表现为故意，且以牟利为目的。行为人不具有故意的心理不构成本罪，还必须同时具有牟利

的目的，才能构成本罪。对于那些确实既无牟利目的，也无行使目的，而纯粹因为个人兴趣的，不以犯罪论处。此外，对于不知是禁止买卖的文物而买卖的，也不以犯罪论处。

（4）客观方面表现为倒卖国家禁止买卖的文物，情节严重的行为，所谓倒卖，是指以牟利为目的出售、购买国家禁止经营的文物的行为，行为人倒卖的对象只能是国家禁止经代的文物。如果倒卖的不是国家禁止经营的文物，就不构成本罪，构成本罪，还要求必须具备情节严重的要素。根据司法实践，所谓情节严重，是指倒卖三级文物的，非法获利数额较大的，非法经营数额较大的，或者多次倒卖三级以下文物、倒卖三级以下文物多件的等情节。而倒卖二级文物的、倒卖一级文物的，非法获利数额巨大的、非法经营数额巨大的、或者倒卖稀世国宝的等等，则属于情节特别严重。

3.处罚

第 3 26 条第 1 款规定，自然人犯倒卖文物罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节特别严重的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金。第 2 款规定，单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照第 1 款的规定处罚。

二、倒卖文物罪与非法向外国人出售珍贵文物罪的界限

相同点：客观方面都表现为买或者出售的行为；侵犯的客体都是国家的文物管理制度；二者都可以由单位构成。区别：售卖对象不同，倒卖文物罪的售卖对象可以是中国人，也可以是外国人，而非法向外国人出售珍贵文物罪的售卖对象只能是中国人；犯罪对象不同；行为人的故意内容不同，倒卖文物罪必须具有牟利目的，而后者不需要特定目的；犯罪主体不同，倒卖文物罪为一般主体，而后这位特殊主体，为收藏文物的单位或者个人。如果发生法条竞合，从一重罪处断。

第六节　危害公共卫生罪

一、重点罪（医疗事故罪、非法行医罪）

（一）医疗事故罪

1.定义

医疗事故罪，是指医务人员由于严重不负责任，造成就诊人死亡或者严重损害就诊人身体健康的行为。

2.特征

（1）主体为特殊主体，即医务人员。所谓医务人员，是指从事诊疗、护理事务的人员，包括国家、集体医疗单位的医生、护士、药剂人员，以及经主管部门批准开业的个体行医人员。犯罪对象是生命健康安全正遭受病魔侵害的病人。所以，倘若救治措施不能客观上起到控制病情发展的作用，则必然由于病情发展而引起人体健康的更大损害，直至导致伤残、功能障碍和死亡结果。

（2）客体是国家正常的医疗秩序和就诊人的生命、健康。

犯罪对象是生命健康安全正遭受病魔侵害的病人。所以，倘若救治措施不能客观上起到控制病情发展的作用，则必然由于病情发展而引起人体健康的更大损害，直至导致伤残、功能障碍和死亡结果。

（3）主观方面是过失。这种业务上的过失，往往通过严重违反医疗规章制度表现出来。本罪要求行为人主观上存在重大过失而不是一般过失，即从主观上过失程度之轻重来说，行为人主观上存在严重过失。临床医疗活动本身有特殊的导致人身伤亡的危险性，医务人员稍有不慎即会发生不幸后果，如果把一般过失行为确定为犯罪，于情理上有失公平、于法律上则有失于严苛。因此，本罪主观方面是指存在业务过失而不是普通过失。

医务人员依照法律承担救死扶伤的职责，有义务对自己的医疗业务行为负责，即对病人的生命健康安全负责，而医务人员的业务能力实际是指其业务技术水平。

（4）客观方面表现为严重不负责任、致使就诊人死亡或者健康受到严重损害。具体而言，包括以下几个方面，

1、医务人员在诊疗护理工作中有严重不负责任的行为

严重不负责任，是指在诊疗护理工作中违反规章制度和诊疗护理常规。根据国务院《医疗事故处理办法》的规定，医疗事故按事故发生的原因分为责任事故和技术事故。医疗技术事故，不构成犯罪。这里的规章制度，是指与保障就诊人的生命、健康安全有关的诊疗护理方面的规章制度，包括诊断、处方、麻醉、手术、输血、护理、化验、消毒、医嘱、查房等各个环节的规程、规则、守则、制度、职责要求，等等。医疗事故案件中常见的违反规章制度的情况有：错用药物、错治病人、错报输血、错报病情、擅离职守、交接班草率、当班失职等。诊疗护理常规，是指长期以来在诊疗护理实践中被公认的行之有效的操作习惯与惯例。各项诊疗操作和护理，均有一定的操作规程的要求，这些规程是为了保障操作稳准，避免失误而制定的，在诊疗操作和护理工作中必须遵照执行，否则就有可能导致医疗事故的发生。

2、因严重不负责任行为导致病人严重损害身体健康或死亡的结果

危害结果的大小是衡量违法行为社会危害性的大小和区分罪与非罪的客观标准，构成本罪在客观上必须要求发生了病人重伤或死亡的结果。严重损害身体健康是指按照 1987 年国务院颁布的医疗事故处理办法第六条所称的二级医疗事故和三级医疗事故。二级医疗事故，是指造成就诊人严重残疾或者严重功能障碍的；三级医疗事故是造成就诊人残废或者功能障碍的。

3、严重不负责任行为与病员重伤、死亡之间必须存在刑法上的因果关系

医疗伤亡结果之形成不同于一般加害事件之处在于。后者是加害行为本身直接引起人体机体损伤，而前者则多是由于医疗措施未能有效阻止病情发展而导致病情恶化而引起伤残或死亡，或者是医疗措施对人体侵害直接引起病人伤亡，或者由于医疗措施客观上加重了病情，促使病人伤亡，可见医疗伤亡结果的出现既同原患疾病有关，又同医疗行为有关。违章医疗行为对病情的实际作用可以是四种，即有效、无效、反效、直接破坏人体。据此，可以把医疗伤亡形成机制分为四种：（1）违章医疗行为虽然对阻止病情有效，但是效用不足而最终因病情发展引起病人伤残或死亡，如抢救农药中毒病人时使用的解毒剂数量不足致使病人死亡；（2）违章医疗行为对病情没起到任何作用而由于病情发展引起伤残、死亡，这包括医方违章不作为和无效作为两种情形；（3）违章医疗行为同治疗需要背道而驰从而加剧病情引起病人伤亡，如用反药等；（4）违章医疗行为本身直接破坏人体而直接引起伤亡或同原患伤病相互迭加共同导致病人伤亡，如手术时操作粗心误伤大血管等等。这四种情形中，违章医疗行为均与病人伤亡结果之间存在因果关系。依社会一般观念观察，上述后两种情形中违章医疗行为与病人伤亡间的联系容易为人们注意，而在上述前两种情形中，由于医疗措施客观上起到一定治疗作用或者至少没有起反作用，因而违章医疗行为与病人伤亡间的关系易被忽视。这是特别值得引起注意的。医疗伤亡结果之出现大多数同违章医疗行为有关，又与病情本身有关，那么，应如何认定违章医疗行为对伤亡结果的原因力大小？这应看医疗行为之违章程度即违法性程度如何。只有医疗行为严重违反医疗规章制度，才能由行为人对病人伤亡结果承担刑事责任，这是基于对医务工作特殊性及危险性的照顾而得出的结论。

3. 认定

（1）罪与非罪的界限

在司法实践中处理医疗事故案件时，关键在于区分罪与非罪的界限。具体表现为区分以下界限。

1、医疗事故罪与医疗差错的界限

医疗差错，是指在诊疗护理工作申，医务人员虽有违反规章制度、诊疗护理常规的失职行为或技术过失，但未给就诊人造成死亡、残废、组织器官损伤导致功能障碍的不良后果的行为。医疗差错，从产生的原因区分，

可以分为医疗责任差错和医疗技术差错。其中，医疗责任差错与医疗事故罪容易混淆，二者都表现为医务人员在诊疗护理工作中不负责任，违反规章制度或诊疗护理常规的行为。区别在于所造成的后果不同。前者未造成就诊人死亡、残废、组织器官损伤导致功能障碍的不良后果；后者则造成了就诊人死亡或身体健康严重损害的后果。对于医务人员由于严重不负责任，造成医疗差错的，不能以医疗事故罪论处。

2、医疗事故罪与医疗意外的界限

医疗意外，是指由于病情或者病人体质特殊而发生难以预料和防范的不良后果。它与医疗事故罪都可能发生就诊人死亡或身体健康严重损害的后果，二者区别的关键在于主观上有无过失。如果就诊人死亡或身体健康严重损害，是因医务人员责任心不强，违反规章制度或诊疗常规造成的，则构成医疗事故罪，如上述后果是因医务人员难以预料或难以防范的因素所引起，由属于医疗意外，不能以犯罪论处。医疗意外与医疗事故罪中的疏忽大意过失颇为相似，二者不但都发生了严重后果，而且对严重后果的发生都没有预见。二者的区别在于，疏忽大意过失对严重后果的发生是应当预见而没有预见 ,医疗意外是对严重后果的发生是难以预见而没有预见。

3、医疗事故罪与医疗技术事故的界限

国务院《医疗事故处理办法》将医疗事故分为责任事故和技术事故两类。医疗责任事故是指医务人员因违反规章制度、诊疗护理常规等失职行为所致的事故。医疗技术事故是指医务人员因技术过失所致的事故。区别关键在于造成事故的原因是失职行为还是技术失误。本法将医疗事故罪限定为责任事故，医务人员因技术过失所致事故，不构成犯罪。

（2）医疗事故罪与重大责任事故罪的界限

重大责任事故罪，是指工厂、矿山、林场、建筑企业或者其他企业、事业单位的职工，由于不服从管理、违反规章制度，或者强令工人违章冒险作业，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的行为。二罪的相似之处在于：(1) 两罪在主观方面均属过失犯罪。(2) 二罪在客观上都造成了人员伤亡的后果。区别在于：(1) 主体不同。前罪的主体是生产单位直接从事生产或指挥生产的人员；本罪的主体是医务人员，二者业务性质不同。(2) 客体不同。前罪侵犯的客体是工矿企业的生产安全和社会公共安全，危及的是不特定或多数人的人身安全和公私财产安全。本罪侵犯的主要客体是医疗机构的管理秩序。(3) 过失行为发生的场合不同。前罪发生于生产作业中，而本罪发生于诊疗护理过程中。

（3）医疗事故罪与玩忽职守罪的界限

玩忽职守罪，是指国家机关工作人员严重不负责任，不履行或不正确履行职责，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为，它与医疗事故罪都表现为严重不负责任，都可能出现造成人员伤亡的严重后果。二罪的区别在于：(1) 主体不同。前罪的主体是国家机关工作人员，本罪的主体则是医务人员；(2) 客体不同。前罪侵害的客体是国家机关的正常管理活动，而本罪侵害的主要客体是医疗机构的管理秩序；(3) 过失的内容不同。前罪是在行政管理过程中出现的过失，而本罪则是在诊疗护理工作中出现的过失；(4) 客观表现不同。前罪表现为在行政管理工作中严重不负责任，不履行或不正确履行自己的职责，而本罪则表现为在诊疗护理工作中违反规章制度或诊疗操作常规；(5) 危害后果不同。本罪的危害后果仅限于就诊人死亡或身体健康严重受损，而前罪的后果既可以是人员伤亡，也可以是财产损失，还可以是恶劣的政治影响。

（4）医疗事故罪与过失致人死亡罪、过失致人重伤罪的界限

它们在危害结果上基本相同。其区别在于：(1) 主体不同。本罪的主体是特殊主体，即医务人员，后二罪的主体则为一般主体。(2) 主观过失的性质不同。本罪的过失属于业务过失，而后二罪的过失属日常生活中的过失。(3) 客观方面不同。本罪的客观方面表现为在诊疗护理工作中，严重不负责任，违反规章制度或诊疗护理操作常规，而后二罪分别表现为通过某种方式致人死亡或造成他人重伤。(4) 客体不同。后二罪侵害的客体是人的生命健康权利，而本罪侵害的客体主要是医疗机构的管理秩序。

4.处罚

第３３５条规定，犯医疗事故罪的，处３年以下有期徒刑或者拘役。

（二）非法行医罪

1.定义

非法行医罪，是指未取得医生执业资格的人非法行医，情节严重的行为。

2.特征

（１）主体为未取得医生执业资格的自然人。具有医生执业资格的人不能构成本罪。所谓医生执业资格，是指由医疗卫生主管部门按照规定制发的从事医生职业的许可证件。即依据《卫生技术人员职务试行条例》的规定，由各级卫生职务评审委员会授予的医士、医师、主治医师等卫生技术职务任职资格；或者符合《中医师、士管理办法》第５条、第６条的规定，并经中医师资格考试合格，由国家中医药行政主管部门核准的中医师、士资格；或者按照《中医人员个体开业管理补充规定》，具有申请个体开业的资格。

（２）客体是公民的身体健康和正常的医疗管理秩序。行医是关系到人民生命健康的特殊职业，因此，国家对这一行业的管理极为严格。不仅对行医者的资格加以严格限制，要求行医者除要有良好的政治思想条件外，还要具备一定的技术资格，以保证医疗质量，保障人民的生命健康安全。而且还对行医活动，制定了一整套管理工作规范及制度，以促进我国医疗卫生事业的健康发展。非法行医，不仅扰乱了业已建立的良好的医疗卫生工作管理秩序，而且往往由于非法行医者不具备执业的资格和条件，医疗服务质量差，同时也侵犯了就诊人的身体健康和生命安全，因就诊人是不特定或多数的，故本罪侵犯了公共卫生。

（３）主观方面是故意，即明知无医生执业资格而非法行医。本罪的故意，只需认识到无执业资格的事实，不问行为人是否明知无执业资格行医的非法性质。

（４）客观方面表现为非法行医的行为，即无医生执业资格从事营利性的诊疗活动，包括在医疗机构中从事诊疗活动和擅自开业从事诊疗活动。（有医生执业资格而未取得开业执照行医的，不属于非法行医。）

根据刑法规定，非法行医必须情节严重的才构成犯罪。所谓情节严重，一般指：多次被取缔后仍然非法行医的；从事危险性较大的诊疗活动的；非法行医获利巨大的；损害就诊人健康的；采取愚昧、野蛮的方法的，等等。

3.认定

本罪与医疗事故罪的区别：1.主体不同前罪无医生执业资格；后罪有医生执业资格。2.主观方面不同，前罪为故意，后罪为过失。3.客观方面不同，前罪限于非法从事诊疗活动，后罪是合法从事诊疗、护理活动不仅包括诊疗活动，也包括护理活动，并且以造成严重后果为要素。

4.处罚

第３３６条规定，犯非法行医罪的，处３年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；严重损害就诊人身体健康的，处３年以上１０年以下有期徒刑，并处罚金；造成就诊人死亡的，处１０年以上有期徒刑，并处罚金。严重损害就诊人健康，一般指造成就诊人残疾、组织器官严重损伤、丧失劳动能力等严重后果。在主观上，行为人对此结果可以是过失，也可以是间接故意；但不得具有直接故意。造成就诊人死亡的，构成严重的非法行医罪。在主观上，行为人对此死亡结果不得具有直接故意。

二、医疗事故罪与非罪的界限

应把本罪与医疗过程中发生的差错、意外及技术事故区别开来。医疗过程中发生差错，虽有严重不负责任之处，但其损害结果轻微，不构成犯罪。医疗过程中发生的意外事故是指在诊疗、护理过程中，由于就诊人病情或体质特殊而发生了医务人员难以预料和防范的不良后果，导致了病人死亡、残疾或功能障碍。这种情形虽有严重后果，但医务人员无严重的过失和违章行为，也不构成犯罪。医疗技术事故是指医务人员因医疗技术水平不高、缺乏经验等造成的事故。医疗技术事故不是因为医务人员责任心不强、违反规章制度造成的，因而不

构成犯罪。

第七节　破坏环境资源保护罪

一、重点罪（重大环境污染事故罪；非法狩猎罪；盗伐林木罪）

（一）重大环境污染事故罪

1.定义

重大环境污染事故罪，是指违反国家规定，向土地、水体、大气排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他危险废物，造成重大环境污染事故，致使公共财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果的行为。

2.特征

（1）主体既包括自然人也包括单位。

（2）客体是国家、社会对自然环境的保护。

（3）主观方面是过失。即是过失造成严重后果。

（4）客观方面包含2个要素：①违反国家规定，排放、倾倒、处置危险废物。这是指违反国家有关保护环境，防治污染的法律规定，不按照指定的地点、方法等排放、倾倒或者处置危险废物。所谓危险废物，是指列入国家危险废物名录或者根据国家规定的危险废物鉴别标准和鉴别方法认定的具有危险特性的废物，主要的种类包括有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质等危险废物。本罪行为的对象限于危险废物，排放其他一般废物的不构成本罪。行为的场所和方式不限，包括向土地、水体、大气排放、倾倒、处置。②造成重大环境污染事故，致使公共财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果的。这有两层意思，一是造成对环境的重大污染即由于排放、倾倒、处置的危险废物，严重引起某一区域环境质量下降危害人类健康，影响生物正常生存发展的现象。二是这种污染直接具体地表现为可观测、计量、评估的重大财产损失或者人身伤亡的后果。没有对环境的重大污染，仅对特定财产、人身造成损害的；或者仅有污染，未反映在可计量、观测财产损失、人身伤亡上面的，不认为具备本罪的结果要素。

3.认定

划清本罪与危险品肇事罪的界限。二者的对象虽然都涉及危险性的物品，都可能造成环境的污染和损失、人身伤亡的后果，但有明显的区别:①前者为危险废物；后者为危险品。②前者违反的是环境保护的法律，是在排放、处理废物过程中发生的；后者违反的是危险品的管理规定，是在危险品的生产、使用、运输管理过程中发生的。③前者以造成重大环境污染事故为要素；后者不以此为要素。

4.处罚

第338条规定，自然人犯重大环境污染事故罪的，□处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；后果特别严重的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金。第346条规定，单位犯本罪的，对单位判处罚金，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照第338条的规定处罚。

（二）非法狩猎罪

1.定义

非法狩猎罪，是指违反狩猎法规，在禁猎区、禁猎期或者使用禁用的工具、方法进行狩猎，破坏野生动物资源，情节严重的行为。

2.特征

本罪客观方面表现为违反狩猎法规，在禁猎区、禁猎期或者使用禁用的工具、方法进行狩猎，破坏野生动物资源的行为。禁猎区，是指国家有关部门划定禁止捕猎的区域。禁猎期，是指国家有关部门根据野生动物的繁殖和皮毛、肉食及成熟季节，规定的禁止捕猎的期限。禁用的工具、方法，是指能够破坏野生动物资源，危及人畜安全的工具、方法，如地弓、地枪、炸药、毒药，以及火攻、烟熏等方法。行为人的狩猎行为具备上述四种情形之一的，便可以构成本罪。

按第３４１条第２款规定，非法狩猎行为，必须情节严重的才能构成犯罪。所谓情节严重，实践中主要是指：非法狩猎数量较大的，如猎捕地方重点保护野生动物５只以上的；虽无猎获物，但其使用的工具、方法次数多或者破坏性较大的，如使用军用武器、汽枪、毒药、炸药、地枪、排铳等禁用工具１０次以上、使用猎套５００个以上、陷阱１００个以上的；非法狩猎，被行政处罚２次以上的；为首组织或聚众非法狩猎的；等等。

3.处罚

第３４１条第２款规定，自然人犯非法狩猎的，处３年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金。第３４６条规定单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其有关责任人员依照第３４１条第２款的规定处罚。

（三）盗伐林木罪

1.定义

盗伐林木罪，是指以非法占有为目的，盗伐国家、集体所有的森林或者其他林木，以及盗伐他人自留山上成片林木,数量较大，破坏森林资源的行为。

2.特征

（１）主体既包括自然人也包括单位。

（２）客体是国家的林业资源和国家、集体、个人的财产权。

（３）主观方面是故意，即以非法占有为目的，而盗伐国家、集体或他人所有的森林或其他林木。

（４）客观方面表现为违反森林法规，盗伐国家、集体或他人所有的森林或其他林木数量较大的行为。盗伐的基本含意是未经许可擅自采伐不属于本人或本单位所有的林木，因此个人擅自砍伐国家、集体、他人所有的林木的；个人擅自砍伐承包经济管理的国家、集体所有的林木的；集体单位擅自砍伐国家、其他集体组织或个人所有的林木的；国有事业企业单位擅自砍伐其他单位经营的国有林木、集体组织或个人所有林木的，均属盗伐。另外，根据司法解释：国营企业事业单位为本单位谋取不正当的利益而无证采伐本单位管理的林木，也属于盗伐。盗伐的对象是不属于本人或本单位所有的森林或者其他林木，包括国有的森林或者其他林木，其他集体组织或个人所有的成片的林木。盗伐林木必须数量较大才能构成犯罪。数量较大一般指：在林区盗伐林木材积２—５立方米或者幼树１００—２５０株；在非林区，盗伐林木材积１—２.５立方米或者幼树５０—１２５株。所谓林区，是指森林资源和生产木材比较多的地区。所谓材积，是指原木材积除以该树种的生材率所得之立木材积。所谓幼树，是指生长在幼龄阶段的树木，树木胸径在５厘米以下的视为幼树。对于１年之内连续盗伐的数量，未经处理的，可以累计计算。

3.认定

（１）划清本罪与盗窃罪的界限。将国家、集体、他人所有并已经伐倒的树木秘密据为己有，以及偷砍他人房前屋后、自留地种植的零星树木数量较大的，应定盗窃罪。

（２）划清本罪与非法采伐、毁坏珍贵树木罪的界限。二者主要区别是对象不同，前者为普通林木，后者为珍贵树木。在盗伐林木时，又故意采伐、毁坏珍贵树木的，单独构成非法采伐毁坏珍贵树木罪。如果盗伐林木行为也构成犯罪的，应实行两罪并罚。

4.处罚

第３４５条第１款规定，自然人犯盗伐林木罪的，处３年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数量巨大的，处３年以上７年以下有期徒刑，并处罚金；数量特别巨大的，处７年以上有期徒刑，并处罚

金。所谓数量巨大一般指：在林区盗伐林木材积２０—３０立方米或者幼树１０００—１５００株；在非林区盗伐林木材积１０—２０立方米，或者幼树５００—１０００株。所谓数量特别巨大，一般指：在林区盗伐林木材积１００立方米以上或幼树５０００□株以上；在非林区盗伐５０立方米以上或幼树２５００株以上。该条第４款规定，盗伐国家级自然保护区内的森林或者其他林木的，从重处罚。第３４６条规定，单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其有关责任人员依照第３４５条第１、４款的规定处罚。

二、盗伐林木罪与滥伐林木罪的界限

主要是客观方面不同。盗伐林木罪为盗伐国家、集体所有的森林或者其他林木，以及盗伐他人自留山上成片林木,数量较大，破坏森林资源的行为。而滥伐林木罪为未经林业主管部门或其他相关部门批准并核发采伐许可证，或者虽然持有采伐许可证，单位犯采伐许可证所规定的采伐范围、数量、树种、方式，而任意看法本单位所有或管理的，以及本人所有的林木。

第八节　走私、贩卖、运输、制造毒品罪

一、重点罪（走私、贩卖、运输、制造毒品罪；非法持有毒品罪；非法提供麻醉药品、精神药品罪）

（一）走私、贩卖、运输、制造毒品罪

1.定义

走私、贩卖、运输、制造毒品罪，是指明知是毒品而故意实施走私、贩卖、运输、制造的行为。

2.特征

（１）主体是一般主体，自然人和单位均可构成。

（２）客体是国家对毒品的管理制度和人民的生命健康。由于鸦片、海洛因、甲基苯丙胺等麻醉药品和精神药品既有医用价值，又能使人形成瘾癖，使人体产生依赖性。因而，犯罪分利用来牟取非法利润。近几年来，国际上制毒、贩毒、走私毒品活动不断向我国渗透或假道我国向第三国运输。国内一些不法分子了大肆进行制造毒品、贩卖毒品的犯罪活动，使大量毒品流入社会，严重地损害了他人的身体健康。为此国家陆续颁布了一系列的法律、法规，严格控制麻醉药品、精神药物的进出口、供应、运输、生产等活动，严禁非法走私、贩卖、运输、制造毒品活动。如《中华人民共和国药品管理法》、《麻醉药品管理办法》、《精神药品管理办法》、《麻醉药品生产管理办法》、《麻醉药品经营管理办法》等法规都对麻醉药品和精神药品的供应、运输、生产等做了具体而严格的规定，任何单位和个人违反上述法律规定，走私、贩卖、运输、制造毒品的行为，都直接侵犯了有关毒品管制法规。

本罪的对象是毒品。根据本法第 357 条规定：“本法所称的毒品是指鸦片、海洛因、甲基苯丙胺（冰毒）、吗啡、大麻、可卡因以及国务院规定管制的其他能够使人形成瘾癖的麻醉药品和精神药品。”目前，联合国关于麻醉药品种类规定了 128 种麻醉药品。精神药品种类表中共规定了 99 种精神药品。在我国的麻醉药品、精神药品种类表中，兴驻规定了联合国规定的麻醉药品、精神药品，而且根据我国的情况，增加规定了一些公约中未规定的药品种类。除以上所列六种常见的毒品外，同时还明确将“国务院规定管制的其他能够使人形成瘾癖的麻醉药品和精神药品”列为毒品。1987 年 11 月和 1988 年 11 月国务院发布的对麻醉药品和精神药品的管理办法中规定，麻醉药品是指连续使用后易产生身体依赖性，能形成瘾癖的药品。包括阿片类、可卡因类、大麻类、合成麻醉药品类用卫生部指定的其他易成瘾癖的药品、药用原植物及其制剂，如鸦片、海洛因、吗啡、可卡因、杜冷丁等。精神药品是指直接作用于中枢神经系统，使之兴奋抑制，连续使用能产生依赖的药品。如甲基苯丙

胺（去氧麻黄素）、安纳咖、安眠酮等。

（3）主观方面是故意。即明知走私、贩卖、运输、制造的对象是毒品，而依然所为，如果不是明知，而是被别人利用、受蒙骗而实施走私、运输、贩卖、制造行为，不构成犯罪。

（4）客观方面上表现为行为人进行走私、贩卖、运输、制造毒品的行为。

1、走私毒品。走私毒品是指非法运输、携带、邮寄毒品进出国（边）境的行为。行为方式主要是输入毒品与输出毒品，此外对在领海、内海运输、收购、贩卖国家禁止进出口的毒品，以及直接向走私毒品的犯罪人购买毒品的，应视为走私毒品。根据本法的规定，影响走私毒品行为的危害性的因素，主要是走私毒品的数量、主体的情况（是否是首要分子、是否参与国际贩毒组织）、方式（是否武装掩护）等。这些因素无疑影响走私毒品行为的危害性，输入毒品行为，将直接危害我国公民的身心健康，危害我国的社会管理秩序；而输入毒品行为，则并不直接危害我国公民的身心健康。换言之，输入毒品行为的直接危害结果发生在我国领域内，而输出毒品行为的直接后果发生在我国领域外。前者行为的危害性显然重于后者。从国外的规定看，许多国家（如德国、日本）都是将输入毒品与输出毒品分别规定为独立的犯罪，或者将输出毒品的行为纳入运输毒品罪中，而前者的法定刑则明显重于后者，其立法宗旨也主要在于保护本国及本国公民的利益。本法虽然没有分别规定输入毒品与输出毒品的法定刑，但司法机关在量刑时，对输入与输出两种行为应当区别对待。

2、贩卖毒品。贩卖毒品是指有偿转让毒品或者以贩卖为目的而非法收购毒品。有偿转让毒品，即行为人将毒品交付给对方，并从对方获取物质利益。贩卖方式既可以是公开的，也要能是秘密的；既可以是行为人请求对方购买，也可能是对方请求行为人转让；既可能是直接交付给对方，也可能是间接交付给对方。在间接交付的场合，如果中间人认识到是毒品而帮助转交给买方的，则该中间人的行为也是贩卖毒品；如果中间人没有认识到是毒品，则不构成贩卖毒品罪。贩卖是有偿转让，但行为人交付毒品既可能是获取金钱，也可能是获取其他物质利益；既可能在交付毒品的同时获取物质利益，也可能先交付毒品后获取利益或先获取物质利益而后交付毒品。如果是无偿转让毒品，如赠与等，则不属于贩卖毒品。毒品的来源既可能是自己制造的毒品，也可能是自己购买的毒品，还可能是通过其他方法取得的毒品。　贩卖的对方没有限制，即不问对方是否达到法定年龄、是否具有辨认控制能力、是否与贩卖人具有某种关系。出于贩卖目的而非法收买毒品的，也应认定为贩卖毒品。

3、运输毒品。运输毒品是指采用携带、邮寄、利用他人或者使用交通工具等方法在我国领域内将毒品从此地转移到彼地。运输毒品必须限制在国内，而且不是在领海、内海运输国家禁止进出口的毒品，否则便是走私毒品。运输毒品具体表现为转移毒品的所在地，如将毒品从甲地运往乙地，但应注意，从结局上看没有变更毒品所在地却使毒品的所在地曾经发生了变化的行为，也是运输毒品。例如，行为人先将毒品从甲地运往乙地，由于某种原因，又将毒品运回甲地的，属于运输毒品。

4、制造毒品。制造通常是指使用原材料而制作成原材料以外的物。制造毒品一般是指使用毒品原植物而制作成毒品。它包括以下几种情况：一是将毒品以外的物作为原料，提取或制作成毒品，如将罂粟制成为鸦片。二是毒品的精制，即去掉毒品中的不纯物，使之成为纯毒品或纯度更高的毒品。如去除海洛因中所含的不纯物。三是使用化学方法使一种毒品变为另一种毒品。如使用化学方法将吗啡制作成海洛因。四是使用化学方法以外的方法使一种毒品变为另一种毒品。如将盐酸吗啡加入蒸溜水，使之成为注射液。五是非法按照一定的处方针对特定人的特定情况调制毒品。上述五种行为都属于制造毒品。

本罪是选择性罪名，凡实施了走私、贩卖、运输、制造毒品行为之一的，即以该行为确定罪名。凡实施了其中两种以上行为的，如运输、贩卖毒品，由定为运输、贩卖毒品罪，不实行数罪并罚。运输、贩卖同一宗毒品的，毒品数量不重复计算；不是同一宗毒品的，毒品数量累计计算。居间介绍买卖毒品的，进化论是否获利，均以贩卖毒品罪的共犯论处。走私毒品，又走私其他物品构成犯罪的，按走私毒品和构成的其他走私罪分别定罪，实行数罪并罚。

对多次走私、贩卖、运输、制造毒品，未经处理的，毒品数量累计计算。所谓“未经处理”的既包括未经刑罚处理，也包括未作行政处理。但对于犯罪已过追诉时效的，则毒品数量不再累计计算。已作过处理的，应视为已经结案。

根据第３４７条第１款和第７款的规定，走私、贩卖、运输、制造毒品，无论数量多少，都构成犯罪。对多次走私、贩卖、运输、制造毒品未经处理的，毒品的数量累计计算。根据刑法第３５７条规定，毒品的数量以查证属实毒品数量计算，不以纯度折算。

（１）严重的走私、贩卖、运输、制造毒品的犯罪构成。这是指走私、贩卖、运输、制造毒品，情节严重的情况。由于“情节严重”,使得该罪的基本犯罪构成的性能即危害性发生了量的变化,即社会危害危害性严重了。何谓“严重情节”, 刑法尚未具体规定，待由有关机关作出解释。在实践中一般是从主观和客观两方面综合判断。（２）特别严重的走私、贩卖、运输、制造毒品罪的犯罪构成。这是指走私、贩卖、运输、制造鸦片２００克以上不满１０００克、海洛因或者甲基苯丙胺１０克以上不满５０克或者其他毒品数量较大的情况。由于走私、贩卖、运输、制造毒品数量的增大，使得该罪基本犯罪构成的性能即社会危害性发生了更大的量的变化，其社会危害性更严重了。

（３）最严重的走私、贩卖、运输、制造毒品罪的犯罪构成。这是指走私、贩卖、运输、制造毒品具有下列情形之一的情况：①走私、贩卖、□运输、□制造鸦片 1000 克以上、海洛因或者甲基苯丙胺５０克以上或者　其他毒品数量大的；②走私、贩卖、运输、制造毒品集团的首要分子,即在毒品犯罪中起组织、策划、□指挥作用的分子;③武装掩护走私、贩卖、运输、制造毒品的，即在毒品犯罪过程中，□自己携带枪支弹药或者雇佣武装人员进行押送、掩护、警戒等，随时准备与国家执法人员武力对抗的行为；④以暴力抗拒检查、拘留、逮捕，情节严重的,□即在执法部门查缉毒品时，犯罪分子实施暴力抗拒对其身体、物品、住所等进行检查，抗拒对其依法拘留、逮捕，情节严重的。情节严重是指对执法人员造成伤害，或者有预谋有组织地进行暴力抗拒等。⑤参与有组织的国际贩毒活动的，即主要是参与有组织、有计划、有分工、有指挥地进行跨国贩毒的活动，其走私贩毒活动涉及多个国家或者境外地区。由于走私、贩卖、运输、制造毒品罪的基本犯罪构成又具有上列之一情形，就构成了最严重的走私、贩卖、运输、制造毒品罪的犯罪构成，其社会危害性在社会危害性的基础上，变为最为严重了。

3.认定

（１）严格区分罪与非罪的界限。只要行为人实施了走私、贩卖、运输、制造毒品的行为，不论毒品的数量多少，一律构成犯罪，予以刑事处罚。这体现了我国从严打击毒品犯罪的决心和力度。但若因制药、教学、科研需要，经国家有关主要主管部门的特许从事进出口、买卖、运输、制造毒品的行为，不应以犯罪论处。

（２）要分清走私、贩卖、运输、制造毒品罪同诈骗罪的界限。对于将假毒品冒充真毒品，诱骗他人上当而购置，因其主观上有诈骗的故意，客观上实施了诈骗行为，对其应以诈骗罪论处。对于不知是假毒品，而误为真毒品进行走私、贩卖、运输、制造的，属对象认识错误，不影响本罪成立。但应以未遂处理。对于将精制毒品稀释后贩卖，或者以土法加工毒品，因提炼不纯而含有较多杂质的，不论其中有多少其他成份，只要含有毒品，就应当　以毒品犯罪认定。

4.处罚

根据第３４７条第２款、第３款、第４款的规定，犯走私、贩卖、运输、制造毒品罪的，处３年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；犯严重走私、贩卖、运输、制造毒品罪的，处３年以上７年以下有期徒刑，并处罚金；犯特别严重走私、贩卖、运输、制造毒品罪的，处７年以上有期徒刑，并处罚金；犯最严重走私、贩卖、运输、制造毒品罪的，处１５年有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处没收财产。单位犯上述走私、贩卖、运输、制造毒品罪的，对单位判处罚金，并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员按走私、贩卖、运输、制造毒品罪的法定刑处罚。利用、教唆未成年人走私、贩卖、运输、制造毒品，或者向未成年人出售毒品的，

从重处罚。所谓利用是指毒品犯罪分子雇佣、收买、胁迫或者其他方法致使未成年人参与走私、贩卖、运输、制造毒品的犯罪行为，如让未成年人携带毒品进出国（边）境，或从甲地运往乙地等。所谓教唆是指唆使未成年人产生走私、贩卖、运输、制造毒品的意图，而进行毒品犯罪。由于未成年人辨别是非能力相对较差，且一旦参与毒品犯罪活动，对其身心危害很大，对其需特别保护。因此刑法作了该条规定。根据第３５６条规定，因走私、贩卖、运输、制造、非法持有毒品罪被判过刑，又犯走私、贩卖、运输、制造毒品罪的，从重处罚。

（二）非法持有毒品罪

1.定义

非法持有毒品罪，是指非法持有鸦片、海洛因或者甲基苯丙胺或者其他毒品数量较大的行为。

2.特征

（１）主体是自然人一般主体。

（２）客体是国家对毒品的管制和他人的身体健康。国家禁止任何人非法持有毒品，为此颁布了一系列的法律、法规。我国先后颁布了《中华人民共和国药品管理法》、《麻醉药品管理法》和《精神药品管理法》。这几个法规对毒品种植、制造、运输、使用、管理都作了明确、严格的规定，禁止任何人非法持有使用，任何单位和个人未经主管部门批准或许可，持有、保存毒品的行为均违反了国家对毒品管理的规定，而且行为人非法持有的毒品，随时可能流入社会，危害他人的健康。为此，为了维护国家对毒品的管制，保护人民群众的身体健康，对非法持有毒品的行为，必须予经惩处。

本罪的对象为毒品，即本法第 357 条所规定的鸦片、海洛因、甲基苯丙胺（冰毒）、吗啡、大麻、可卡因以及国务院规定管制的其他能够使人形成瘾癖的麻醉药品和精神药品。

行为人将假毒品误认为是真毒品而加以收藏、保存，行为人主观上明知是毒品，而故意违反国家毒品管制，实施非法持有的行为，这属于刑法理论上的对象认识错误。对象认识错误，不影响定罪，仍构成非法持有毒品罪。

（３）主观方面是故意，即行为人明知是国家禁止非法持有的毒品而故意持有。如果行为人确实不知道自己持有的是毒品，则不构成本罪。非法持有毒品行为人的动机、目的多种多样，因此故意的具体内容不限。有人认为非法持有毒品的行为人主观上必须具有走私、贩卖、运输、制造毒品的意图才构成犯罪。我们认为非法持有毒品罪是针对那些当场查获非法持有数量较大的毒品，行为人世不说明持有毒品的目的、来源，又没有足够证据证明其犯有走私、贩卖、运输、制造毒品的行为或窝藏毒品的行为，而以非法持有毒品罪定罪量刑，如果司法机关能够查明行为人具有走私、贩卖、运输、制造毒品的目的，则其构成走私、贩卖、运输、制造毒品罪。

（４）客观方面表现为非法持有毒品数量较大的行为。所谓非法，是指违反我国《麻醉药品管理办法》、《精神药品管理办法》中有关规定。所谓持有，是指占有、携带、藏有或者其他方式持有毒品的行为。可以是携带在身，也可以是藏隐秘处或寄存他处。非法持有毒品，也就是指除依照国家有关规定生产、管理、运输、使用麻醉药品、精神药品以外而持有毒品的行为。持有毒品，也就是行为人对毒品的事实上的支配。持有具体表现为占有、携带、藏有或者以其他方法持有支配毒品。持有不要求物理上的握有，不要求行为人时时刻刻将毒品握在手中、放在身上和装在口袋里，只要行为人认识到它的存在，能够对之进行管理或者支配，就是持有。持有时并不要求行为人对毒品具有所有权，所有权虽属他人，但事实上置于行为人支配之下时，行为人即持有毒品；行为人是否知道自己具有所有权、所有权人是谁，都不影响持有的成立。此外，持有并不要求直接持有，即介入第三者时，也不影响持有的成立。如行为人认为自己管理毒品不安全，将毒品委托给第三人保管时，行为人与第三者均持有该毒品。持有是一种持续行为，只有当毒品在一定时间内由行为人支配时，才构成持有，至于时间的长短，则并不影响持有的成立，只是一种量刑情节，但如果时间过短，不足以说明行为人事实上支配着毒品时，则不能认为是持有。至于所持有毒品的来源是拾得、受赠或者祖传，不影响本罪成立。根据查获

的证据，不能认定非法持有较大数量毒品是为了进行走私、贩卖、运输或者窝藏毒品犯罪的，才构成本罪。如果有证据能够证明非法持有毒品是为了进行走私、贩卖、运输、窝藏毒品犯罪的，则应当定走私、贩卖、运输或者窝藏毒品罪。所谓数量较大，根据第３４８条的规定，是指非法持有鸦片２００克以上、海洛因或者甲基苯丙胺１０克以上或者其他毒品数量较大的。对毒品的数量以查证属实的数量计算，不以纯度折算。行为人只要实施了非法持有数量较大的毒品的行为，即构成本罪。

3.认定

（1）划清罪与非罪的界限。非法持有鸦片不满２００克、海洛因不满１０克或者其他少量毒品的，不构成犯罪。

（2）划清非法持有毒品罪与走私、贩卖、运输、制造毒品罪的界限。两者在客观方面、主观故意的内容上都是根本不同的，一般容易区分。但是两者都是以毒品为犯罪对象，在一定的时间、空间里都具有毒品，因此易于混淆。如果在走私、贩卖、运输、制造过程中持有毒品，由于这种情况下的毒品是用以实施犯罪的物品，因此，应分别以走私、贩卖、运输、制造毒品罪定罪处刑。

4.处罚

第３４８条规定，犯非法持有毒品罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制、并处罚金;犯严重非法持有毒品罪的，□处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金;犯特别严重的非法持有毒品罪的，□处7年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金。根据第３５６条的规定，因走私、贩卖、运输、制造非法持有毒品罪被判过刑，又犯非法持有毒品罪的，从重处罚。

（三）非法提供麻醉药品、精神药品罪

1.定义

非法提供麻醉药品、精神药品罪，是指依法从事生产、运输、管理、使用国家管制的麻醉药品、精神药品的单位和人员，违反国家规定，明知他人是吸食、注射毒品的人，而向其提供国家规定管制的能够使人形成瘾癖的麻醉药品、精神药品的行为。

2.特征

(1)主体是特殊主体，即依法从事生产、运输、管理、使用麻醉药品、□精神药品的单位或者人员。非上述单位和人员不能独立构成本罪主体，但可以构成共犯。

(2)客体是国家对麻醉药品、精神药品的管理制度。所谓麻醉药品，□是指连续使用后易产生依赖性、能成瘾癖的药品，包括阿品类、可卡因类、大麻类、合成麻醉药类及卫生部指定的其他易成瘾癖的药品、药用原植物及其制剂。精神药品是指直接作用于中枢神经系统，使之兴奋或抑制，连续使用能产生依赖性的药品。根据卫生部《关于精神药物进出口管理规定的补充通知》所列的精神药品有81种之多。麻醉药品和精神药品，用之得当，能防病治病，用之不当，则形成瘾癖，危害健康。根据医疗、教学、科研的需要，国家卫生行政主管部门依照法律、行政法规的规定，可以指定特定的地方和制药厂，种植、生产限定数量的毒品原植物和麻醉药品、精神药品，依法从事生产、运输、管理、使用国家规定管制的麻醉药品、精神药品的单位和个人，必须严格遵守国家关于麻醉药品、精神药品的管理规定。上述单位和个人违反国家规定，向吸食、注射毒品的人和走私、贩卖毒品的犯罪分子提供国家管制的麻醉药品或精神药品，就直接侵犯了国家对麻醉药品、精神药品的管理制度，而且危害他人身体健康，同时成为吸食、注射毒品和走私、贩卖毒品的重要原因之一。为了禁绝吸毒和毒品犯罪，对非法提供麻醉药品和精神药品的犯罪行为，必须予以惩治。

(3)主观方面是故意，即明知是吸食、注射毒品的人，□而为其提供国家管制的麻醉药品或精神药品。行为人不具有牟利的目的。过失不构成本罪。

(4)客观方面表现为违反国家规定，向吸食、□注射毒品的人提供麻醉药品或精神药品的行为。违反国家规定，是指违反《药品管理法》、《麻醉药品管理办法》、《精神药品管理办法》、《麻醉药品国内运输管理办法》等

法规中关于种植毒品原植物和生产、运输、管理、使用麻醉药品和精神药品的规定。所谓提供即指供给。提供毒品的对象是特定的吸食、注射毒品的人。依法从事生产、运输、管理、使用的单位和人员，向吸食、注射毒品的人非法提供麻醉药品、精神药品的，就可构成本罪。如果按照规定，为了治病而供给病人一定数量的麻醉药品、精神药品，不属于非法提供麻醉药品、精神药品的范围。但是，病愈后，因其成瘾而依然为其提供的，可构成本罪。如果违反国家规定，向他人提供麻醉药品、精神药品，但用于医疗、教学、科研的不构成犯罪，可对其违背规定的行为予以批评教育或者行政处分。

3.认定

非法提供麻醉药品、精神药品的对象是特定的吸毒者而且主观上不具有牟利的目的。如果向走私贩卖毒品的犯罪分子或者以牟利为目的，向吸毒者提供的，应依照第 347 条的规定定罪处罚，即分别定为走私毒品罪或者贩卖毒品罪。

4.处罚

根据第 355 条的规定，犯非法提供麻醉药品、精神药品罪的，处□3 年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；犯严重非法提供麻醉药品、精神药品罪的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金。单位犯前款罪的，对单位判处罚金，□并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。根据第 356 条的规定，因走私、贩卖、运输、制造、非法持有毒品罪被判过刑，□又犯非法提供麻醉药品、精神药品罪的，从重处罚。

二、走私、贩卖、运输、制造毒品罪与非法持有毒品罪的界限

两者在客观方面、主观故意的内容上都是根本不同的，一般容易区分。但是两者都是以毒品为犯罪对象，在一定的时间、空间里都具有毒品，因此易于混淆。如果在走私、贩卖、运输、制造过程中持有毒品，由于这种情况下的毒品是用以实施犯罪的物品，因此，应分别以走私、贩卖、运输、制造毒品罪定罪处刑。

第九节　组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪

一、重点罪（组织卖淫罪；传播性病罪）

（一）组织卖淫罪

1.定义

组织卖淫罪，是指以招募、雇佣、纠集、引诱、容留等手段，控制多人从事卖淫的行为。

2.特征

(1)主体，必须是卖淫的组织者。可以是几个人，也可以是一个人。凡达到刑事责任年龄，具有刑事责任能力的自然人均可构成本罪。但构成本罪，必须是卖淫的组织者，即俗称的“老鸨”、“窝主”。卖淫的组织者可以是一个人，也可以是一个团伙。是否是组织者，关键是看其在卖淫活动中是否起组织者的作用。有些被组织的卖淫者，同时又积极参与组织他人卖淫，对此，应按组织卖淫罪的共犯处理。

(2)客体是社会道德风尚和社会治安管理秩序。组织他人卖淫，是卖淫、□嫖娼活动产生、存在，在社会上不断蔓延而又屡禁不止的一个重要原因和条件。组织卖淫的场所，是卖淫、嫖娼的最主要的庇护所和滋生地。这种活动是文明社会的一种丑恶现象，也是诱发其他犯罪的原因之一。它直接毒化社会风尚、危害社会治安，是打击有关卖淫、嫖娼犯罪的重点。组织卖淫的犯罪对象是“他人”，不是指一个人，而是指多人。根据我国有关法律的规定，“他人”主要指妇女，但同时还包括不满十四周岁的幼女以及男性，有人认为组织他人卖淫罪的犯罪对象不包括男性，这显然不符合立法原意，而且在实践中一些地方已出现了男子卖淫的现象，国外多数立法了

不排斥男性可以成为卖淫者。

(3)主观方面是故意。即行为人明知自己是在实施组织他人进行卖淫活动的行为，并且明知这种组织行为会造成危害社会的结果，而希望或者放任这种结果的发生。至于行为人组织他人卖淫的目的，在实践中。多数是为了通过组织他人卖淫从中牟取暴利，也有的人不是为了牟利，而是出于别的目的，如有些饭店或宾馆等单位为了招揽生意，有些企业组织妇女卖淫以达到推销生品、兜揽业务的目的，也有的是出于玩弄妇女以满足其精神空虚的心理要求和追求腐朽、糜烂生活方式的精神需求，行为人出于何种动机，不影响本罪的构成。

(4)客观上表现为组织多人卖淫的行为。所谓多人，是指三人或三人以上。□主要是女人，也包括男人。这里所说的“组织”, 是广义的，包括通过招募、雇佣、纠集、引诱、容留等各种手段，有组织地进行卖淫活动。通常表现为两种形式：一是设置卖淫场所或者变相的卖淫场所。有些犯罪分子以办饭店、旅馆、出租房屋等各种名义，控制一些卖淫人员在该场所内组织进行卖淫活动，使该场所实际上成为妓院。二是没有固定的卖淫场所，行为人通过自己掌握控制的卖淫人员，有组织地进行卖淫活动。如有些饭馆、饭店等从事饮食服务业、娱乐业的老板或负责人员，公然唆使、允许本店的服务人员陪同顾客到店外进行卖淫、嫖娼活动，有的老板或负责人员以提供服务为名，向顾客提供各种名义的陪伴女郎，实际上是提供妓女进行卖淫。不管是哪种形式，只要是有组织地进行卖淫活动，其组织者即可构成犯罪。

3.认定

在组织他人卖淫的犯罪活动中，对被组织卖淫的人有强迫、引诱、容留、介绍卖淫行为,应当作为组织他人卖淫罪的量刑情节予以考虑，不实行数罪并罚。□因为这些行为是组织他人卖淫的手段和行为的组成部分,不能独立成罪。但是，□如果这些行为是对被组织者以外的其他人实施的，仍应分别定罪，实行数罪并罚。

4.处罚

根据第 358 条规定，犯组织卖淫罪的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金；犯严重组织卖淫罪的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑 ,并处罚金或者没收财产 ;犯特别严重组织卖淫罪的 ,处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。(1)严重的组织卖淫罪，是指组织他人卖淫，具有下列情形之一的情况：①组织他人卖淫，情节严重的，即主要指多次组织他人卖淫，卖淫集团的首要分子，组织多名幼女卖淫等；②强迫不满 14 周岁的幼女卖淫的；③强迫多人卖淫或者多次强迫他人卖淫的，多人指 3 人以上，多次指 3 次以上反复强迫一、二个特定对象卖淫；④强奸后迫使卖淫的，即对不愿卖淫的妇女，先行强奸，迫使其卖淫，也就是把强奸作为强迫妇女卖淫的手段；⑤造成被强迫卖淫的人重伤、死亡或者其他严重后果的 ,“重伤”主要是指刑法第 85 条所列情形之一的伤害。“其他严重后果”, 主要是指造成被害人亲属死亡等后果。由于组织他人卖淫，又具有上列之一情形生了量的变化，变为严重的犯罪构成，其社会危害性亦变得严重。特别严重的组织卖淫罪，是指组织他人卖淫，具有前列情形之一，且情节特别严重的情况。何谓情节特别严重，刑法未作具体规定，司法实践中主要是指具有前列情形之一，情节特别恶劣、后果特别严重或者具有其他特别严重情节。由于具有前列情形之一，且情节特别严重，使得该生了更大量的变化，变为特别严重的犯罪构成，因而构成了特别严重的组织他人卖淫罪。根据第 361 条规定，旅馆业、饮食服务业、文化娱乐业、□出租汽车业等单位的人员，利用本单位的条件，组织他人卖淫的，依照第□358 条规定定罪处罚，即以组织卖淫罪定罪处罚。上列单位的主要负责人员犯前款罪的，从重处罚。根据第 362 条规定，旅馆业、饮食服务业、文化娱乐业、□出租汽车业等单位的人员，在公安机关查处卖淫嫖娼活动时，为违法犯罪分子通风报信，情节严重的，依照第 310 条规定定罪处罚，即以包庇罪定罪处罚。

（二）传播性病罪

1.定义

传播性病罪，是指明知自己患有梅毒、淋病等严重性病而进行卖淫嫖娼的行为。

2.特征

（1）主体是已满 16 周岁、具有刑事责任能力，且患有梅毒、□淋病等严重性病的人。中国公民和外国人均可构成本罪主体。

（2）客体是复杂客体。即不仅危害社会治安、败坏社会风尚，□而且传播性病，危害公民身体健康，危及子孙后代。这关系到国家、民族的兴旺发达。为了禁绝性病传播，对明知自己患有严重性病而卖淫嫖娼的犯罪行为必须予以惩处。

（3）主观方面是故意。即明知自己患有梅毒、□淋病等严重性病而卖淫或嫖娼。只要行为人明知自己患有梅毒、淋病等严重性病而依然卖淫或嫖娼即可构成本罪，至于是否引起性病传播，不影响犯罪成立。如果不是明知自己患有严重性病而卖淫嫖娼，不构成犯罪。所谓“明知”，是指具有下列情形之一的：(1)□有证据证明曾到医院就医，被诊断为有严重性病的；(2)根据本人的知识和经验，□能够知道自己患有严重性病的；(3)通过其他方法能够证明被告人是明知的。

（4）客观方面表现为患有梅毒、淋病等严重性病的人卖淫嫖娼的行为。□这里包含两点含义：一是必须实施卖淫嫖娼的行为；二是行为人必须患有梅毒、淋病等严重性病。所谓梅毒，是指由透明螺旋体(也叫苍白螺旋体)所引起的一种慢性性传染病。它的传染源是梅毒患者。所谓淋病，是指由淋病双球菌(简称淋菌)引起的泌尿生殖系统化浓性感染。淋病的传染源是淋病患者。梅毒、淋病传染的途径有三种：一是通过性交传染；二是通过母体胎盘传给下一代；三是通过其他途径传染，如接吻、哺乳或接触有传染性病人用过的毛巾、餐具、衣服、被褥等间接传染。构成本罪，必须是患有梅毒、淋病等严重性病的人实施卖淫嫖娼活动。如果没有实施卖淫嫖娼行为，而是通过其他行为(如通奸)传染性病，不构成本罪。

3．处罚

第 360 条规定，犯传播性病罪的，处 5 年以下有期徒刑、拘役或者是管制，并处罚金。

二、组织卖淫罪与强迫卖淫罪的界限

客体和客观方面都不同。强迫卖淫罪侵犯的客体是复杂客体，既侵犯了社会主义道德风尚，也侵犯了公民的人身权利，而组织卖淫罪侵犯的是单一客体，即社会主义道德风尚；强迫卖淫罪在客观方面表现为强迫没有卖淫意愿者去卖淫，而组织卖淫罪表现为把自愿卖淫者组织起来进行卖淫。

第十节　制作、贩卖、传播淫秽物品罪

一、重点罪（制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品罪；传播淫秽物品罪）

（一）制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品罪

1.定义

制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品罪，是指以牟利为目的，制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品的行为。

2.特征

(1)主体是一般主体，凡年满 16 周岁，有刑事责任能力的自然人和单位只要实施了制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品的行为，都构成本罪的主体。企业、事业单位、国家机关、社会团体如果实施了制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品的行为，亦构成本罪的主体。对单位犯本罪的，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照本条的规定处罚，并对单位判处罚金。

(2)客体是国家对文化娱乐制品的管理秩序和社会风尚。其犯罪对象是淫秽物品。所谓淫秽物品主要是指具

体描绘性行为或露骨宣扬色情的诲淫性的书刊、影响、录像带、录音带、图片及其他淫秽物品，有关人体生理、医学知识的科学著作不是淫秽物品，包含有色情内容的有艺术价值的文学、艺术作品也不能视为淫秽物品。

(3)主观方面是故意，并且具有牟利的目的。行为人明知自己制作、复制、□出版、贩卖、传播的是淫秽物品，为了牟利而仍然实施各该行为。不具有牟利目的或者出于过失，不构成本罪。

(4) 客观方面表现为行为人实施了制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品的行为。

1、制作淫秽物品的行为

制作，即制造。制作淫秽物品，是指通过某种方式利用某种有形形式带有创作性的导致淫秽物品产生乃至可见之于世的行为。制作淫秽物品的行为有四个要素：一是行为带有创作性或原创性。淫秽物品可以看作是行为人的作品，行为人将一定的想法、观念或情感通过构思、取舍、选择、安排、设计或组合在淫秽物品中表现出来。因而淫秽物品所具有的特征“诲淫性”, 即是行为人在制作中的主观见之于客观的过程，是一种严重违背社会道德、破坏社会管理秩序的创作行为。二是通过某种方式，利用某种手段，例如编写、摄制、绘制、雕刻、研制、设计等手段。制作不同的淫秽物品会因其载体不同或物质形式不同而有其特殊的手段。如制作淫具，就可能有设计、研制、试验、组装、生产等一系列行为方式；制作淫药，就可能有采集原料、配制、实验、生产等一系列行为方式。三是利用某种有形形式，即要有一定的载体或某种淫秽物品是一种实物。有形形式包括：文字形式，如书刊、报纸，以及剧本等；绘画形式，如图片；音像形式，如电影；摄影形式，如照片、电视、录像、录音，国际互联网也可年看作是这一形式；实物形式，如雕塑、淫具、淫药等。淫秽物品具有有形形式，使之与非有形形式的淫秽行为（如表演），宣扬淫秽内容的口头作品区分开来，这也有利于正确界定罪与非罪，以及和其他罪的界限。四是制作行为能够产生一定的结果，即淫秽物品可能的或现实的被产生出来，见之于世，这也是行为人制作行为所追求的，因而也就与单纯的停留在意识活动范畴的构思、揣摩区分开来，对于后者是不能认为是犯罪的。

2、复制淫秽物品的行为

所谓复制，指以印刷、复印、临摹、拓印、录像、翻录、翻拍等方式将某一物品制作多份的行为。复制淫秽物品，指对已有的淫秽物品进行仿造或重复制作，使之再现。其特征表现为：一是复制行为没有原创性或创作性。即行为人是对已有的淫秽物品进行仿造，而该淫秽物品可能是别人创作出来的或行为人已经创作出来的。例如翻录淫秽录像，就是利用一定的设备将已有的淫秽内容转录下来，行为没有原创性或创作性是复制行为的最显著的特征，从而将其与本罪中的制作淫秽物品的行为区分开来。二是复制行为往往具有重复性。即行为人利用同一的方式（有时可能运用几种方式）将已有的淫秽物品仿造为多个。这也是复制行为危险性的集中体现，行为人利用某种复制手段将淫秽物品的数量增多，为其广泛散播创造了可能。

3、出版淫秽物品的行为

出版，指将作品编辑加工后，经过复制向公众发行。出版淫秽物品的行为，是指出版单位以合法名义编辑、印刷、发行淫秽书刊、图片和音像制品。其特征主要三个方面：一是行为主体是出版单位，即经国家出版管理部门审批登记，经所在地工商行政管理机关注册并领取了营业执照的出版单位，如各类出版社、杂志社、报社、音像出版社等。在我国，除国家批准的出版单位外，任何单位和个人不得出版在社会上公开发行的图书、报刊、图像出版物。因此，如果不是出版单位的其他单位、个人制作、发行淫秽书刊和音像制品，则应区分不同情形视为制作行为或复制行为。二是出版淫秽物品须以合法名义。出版单位在社会上公开发行出版物，是国家正式批准的，即享有合法的行政许可，因而其出版淫秽物品形式上是合法的，如具有国家统一的书号，其发行、流传也是公开的。当然，并不能因为其出版行为具有合法名义而否认其实质的违法，因而以合法名义出版的某些个人印刷、发行淫秽出版物的行为没有什么本质上的不同，即都是为国家法律所禁止的。三是出版的淫秽物品限于出版物。即限于文字型、绘画型、摄影型、音像型淫秽物品，而对实物型淫秽物品则无所谓“出版”的。例如，淫秽的雕塑可能由制作工艺美术品的单位制作、复制，但其将之推向社会则不能认为是出版。

4、贩卖淫秽物品的行为

贩卖淫秽物品的行为，指向特定的人或不特定的人有偿转让淫秽物品的行为。主要包括出售和交换两种方式。其特征有二：一是贩卖淫秽物品行为的对象是特定的或不特定的人。对特定的人的贩卖行为，表现为行为人与该特定人具有较为固定的或长期的交易关系，如批发淫秽物品；对不特定人的贩卖行为，表现为行为人非固定性地向他人有偿转让淫秽物品，如零售淫秽物品。显然后者较前者具有更强的直接和扩散性。二是贩卖淫秽的行为，直接以获得现实的对价为目的。

5、传播淫秽物品的行为

传播，即广泛散布。传播淫秽物品的行为，是指以公开的或半公开的方式在一定范围内广泛散布淫秽物品的行为。其特征为：一是相对公开性。即在一定范围内不加隐蔽地向多数人散布。二是扩散性。即行为人利用同一个或同一种淫秽物品反复的、多次的向多数人散布。三是广泛性。即传播行为作用的是很广泛的，尤其本罪中行为人是以牟利为目的，其为牟利必然尽可能扩大传播面以赚取高额利润。四是方式的多样性。具体方式包括播放、出租、出借、承运、邮寄、携带等等。播放，一般是指对音像型淫秽物品的传播，例如播放淫秽录像；出租，指收取一定的租金，让别人暂时使用淫秽物品，例如出租淫秽书刊，出租淫秽录像带或激光视盘；出借，指将淫秽物品借出以换取相应的对价，例如出租淫具；承运，即代为运输；邮寄指通过邮电部门传递；携带指随身持有淫秽物品。近年来随着国际互联网的普及，一些不法分子利用互联网传播淫秽物品，其社会危害性更大且犯罪手段隐蔽，是一种新的传播方式。

3．认定

（1）划清罪与非罪的界限。(1)严格掌握淫秽物品的范围。淫秽物品是指具体描写性行为或者露骨宣扬色情的诲淫性的书刊、影片、录相录音带、图片及其他淫秽物品。有关人体生理、医学知识的科学著作，不是淫秽物品。包含有色情内容的有艺术价值的文学、艺术作品不视为淫秽物品。淫秽物品的种类和目录，由国务院有关主管部门规定，应当严格遵照执行。(2)对于制造、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品，情节较轻的，如数量较小，且为初犯、偶犯，危害不大的，不能以犯罪论处。可按《治安管理处罚条例》处罚。

（2）根据第 363 条第 2 款的规定,对于明知他人用于出版淫秽书刊而提供书号的，实质上是出版淫秽物品的共犯，应以出版淫秽书刊罪定罪处刑。但是，应当注意，这种情况，行为人主观上并非一定具有牟利的目的，即使没有牟利的目的，也应按上述罪名定罪处罚。

4.处罚：根据第 363 条第 1 款规定，犯制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；严重犯本罪的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金；特别严重犯本罪的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。情节严重主要是指数量大的，或者影响大的；非法获利多的；幕后组织、策划、指挥的；利用职务或管理设备的便利条件实施的；向不满 18 周岁的人贩卖、传播的或者利用他们贩卖传播的；犯罪集团的首要分子等。情节特别严重，在实践中主要是指数量特别大的，或者影响特别恶劣的；非法获利特别巨大的；幕后组织、策划、指挥，情节特别恶劣的；多次利用职务或者管理设备的便利条件实施的；向多个未成年人贩卖、传播或多次利用他们贩卖、传播的；犯罪集团的首要分子，情节恶劣的等。根据第 366 条规定，□单位犯制作、复制、出版、贩运、传播淫秽物品牟利罪的，对单位判处罚金，并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照上述规定处罚。

（二）传播淫秽物品罪

1.定义：传播淫秽物品罪，是指传播淫秽的书刊、影片、音像、图片或者其他淫秽物品，情节严重的行为。

2.特征

（1）主体是一般主体，□自然人和单位均可构成。

（2）客体是国家对文化娱乐物品的管理秩序和社会道德风尚。在社会上传播淫秽物品对于人民特别是青少年的身心健康会造成危害，也极易诱发违法犯罪活动。依法打击在社会上传播淫秽物品的犯罪行为，对于维护

社会治安，净化社会空气，保护人民的身心健康，促进精神文明，无疑具有重要意义。

本罪的对象包括各种淫秽物品，如各种淫秽的书刊、报纸、画片、影片、录像带、录音带、淫秽玩具、娱乐用品以及印刷、雕刻有淫秽文字、图案的生活用品等等。传播方式既可以是直接传播赤裸裸的淫秽物品，也可以改头换面，在艺术品中故意加入淫秽情节，或者在小说中故意加入淫秽描写等。

（3）主观方面是故意。即行为人明知自己传播的是淫秽物品而仍然传播，□但不具有牟利的目的。一定情况下，间接故意也可以构成，比如行为人自己观看淫秽物品，对于他人围观不闻不问，因而造成恶劣影响的，即可按本罪论处。行为人的动机可能是多种多样的，如为了使他人分享刺激，或者以此讨好他人或引诱他人堕落等。过失不构成本罪。如果行为人因为工作责任心不强，粗心大意误将有淫秽物内容的书刊、图片等传播出去的，不能以犯罪论处。

（4）客观方面表现为传播淫秽的书刊、影片、录像带、录音带、图片或者其他淫秽物品，情节严重的行为。

传播，即广泛散布。应该注意本罪的“传播”与传播淫秽物品牟利罪的“传播”在具体方式上有所不同。如出租、有偿放映等以换取一定对价为目的的使用行为不是本罪的“传播”。本罪的传播方式包括播放、出借、运输、携带、展览、发表等。

1、播放行为，一般是指对音像型淫秽物品的传播。由于本条第二款将组织播放淫秽音像制品的行为独立成罪，因而这里所指的“播放”限于非组织性的播放行为。

2、出借行为，即指出租人转移淫秽物品的占有，由借用人在一定时期内使用该淫秽物品的行为。必须是不以牟利为目的，行为人也不具有获取对价的目的。

3、运输行为，即指用交通工具将淫秽物品从一个地方运输到另一个地方。

4、携带行为，即指行为人随身带有一定数量的淫秽物品。如果行为人携带淫秽物品是为自用的，则不能认为是犯罪。

5、展览行为，即陈列以供他观看。展览是一种静态的展示，行为人将淫秽物品较为固定地置于一定的空间内，招揽或引诱不特定的或特定的多数人前来观看。

6、发表行为，即公之于众，公之于不特定的多数人。

7、邮寄行为，指通过邮电部门传递淫秽物品，如利用信件夹带等。

8、利用计算机网络技术的传播行为，《计算机信息网络国际联网安全保护管理方法》规定，任何单位和个人不得利用国际互联网制作、复制、查阅和传播淫秽的信息。如果行为人有这种行为，情节较轻的给予行政处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

以上八种行为，都必须是不以牟利为目的，如果以牟利为目的，则构成传播淫秽物品牟利罪。

构成本罪，还必须情节严重。所谓情节严重，主要是指多次的、经常性的传播；传播的次数虽然不多，但传播的数量大的；传播的对象人数众多、造成恶劣影响的；造成严重后果的，如引发犯罪活动等；主观恶性大的，如经处理后不思悔改，仍继续传播的等。

3.认定

①划清罪与非罪的界限。

第一，严格认定淫秽物品的范围。有关人体生理、医学知识的科学著作不是淫秽物品，包含有色情内容的有艺术价值的文学、艺术作品不视为淫秽物品。第二，严格掌握传播的概念。对于个人收藏或者在亲友间传播的，应予以批评教育并收缴其淫秽物品，但不构成本罪。第三，严格把握“情节严重”这一要件。

②划清本罪与以牟利为目的的传播淫秽物品牟利罪的界限。两者在客观行为、侵犯客体、犯罪主体上是相同的。两者的主要区别是前者不具有牟利的目的；后者具有牟利的目的。

4.处罚：第 364 条第 1 款规定，犯传播淫秽物品罪的，处 2 年以下有期徒刑、□拘役或者管制。向未成年人传播淫秽物品的，从重处罚。

二、制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品罪与非罪的界限

(1)严格掌握淫秽物品的范围。淫秽物品是指具体描写性行为或者露骨宣扬色情的诲淫性的书刊、影片、录相录音带、图片及其他淫秽物品。有关人体生理、医学知识的科学著作，不是淫秽物品。包含有色情内容的有艺术价值的文学、艺术作品不视为淫秽物品。淫秽物品的种类和目录，由国务院有关主管部门规定，应当严格遵照执行。(2)对于制造、复制、出版、贩卖、□传播淫秽物品，情节较轻的，如数量较小，且为初犯、偶犯，危害不大的，不能以犯罪论处。可按《治安管理处罚条例》处罚。

思考题：

1.招摇撞骗罪的概念和构成特征是什么?它与诈骗罪的区别是什么？

2.如何区分窝藏罪、包庇罪、伪证罪之间的区别？

3.医疗事故罪的概念和构成特征是什么?

4.走私、贩卖、运输、制造毒品罪的概念和构成特征是什么?

5.盗罚林木罪与滥伐林木罪的区别是什么？

参考书目：

1、王作富主编：《刑法》，中国人民大学出版社，1999 年 12 月第 1 版。

2、何秉松主编：《刑法教科书》，中国法制出版社，1997 年 12 月第 1 版。

3、杨春洗、杨敦先主编：《中国刑法论》，北京大学出版社，1998 年月第 2 版。

4、郭立新、杨迎泽主编：《刑法分则适用疑难问题解》，中国检察出版社，2000 年 1 月第 1 版。

5、刘亚平编著：《刑法分则案例教程》，中国政法大学出版社，1999 年 8 月第 1 版。

6、陈兴良、曲新久著：《案例刑法教程》，中国政法大学出版社，1994 年 5 月第 1 版。

7、黄京平主编：《以案说法》(刑法篇)，中国人民大学出版社，1998 年 5 月第 1 版。

第十八章　贪污贿赂罪

教学目的与要求：让学生全面掌握本章重点罪的概念、构成特征和相近罪的区别。让学生一般了解本章其它罪。

教学重点：贪污罪；挪用公款罪；受贿罪；行贿罪；介绍贿赂罪；巨额财产来源不明罪。贪污罪与盗窃罪、诈骗罪、职务侵占罪的界限；挪用公款罪与贪污罪、挪用特定款物罪、挪用资金罪的界限；受贿罪与公司、企业人员受贿罪、单位受贿罪和贪污罪的界限。

教学难点：贪污罪；挪用公款罪；受贿罪；行贿罪；介绍贿赂罪；巨额财产来源不明罪。贪污罪与盗窃罪、诈骗罪、职务侵占罪的界限。

教学方法：讲授

学　时：6 学时（第 15、16 周）

第一节　贪污贿赂罪概述

一、贪污贿赂罪的概念

贪污贿赂罪，是指国家工作人员利用职务上的便利，贪污公共财物、挪用公款、索取或者非法收受他人财物为他人谋取利益以及其他贪利性的职务犯罪行为和相关的行贿、介绍贿赂等犯罪以及由国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体实施的贿赂及其相关的犯罪。

二、贪污贿赂罪的特征

（一）主体绝大多数是特殊主体，即国家工作人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体；少数犯罪如行贿罪、介绍贿赂罪等，由一般主体构成。

（二）客体是公务活动的廉洁性，国家机关、国有企事业单位、人民团体等单位的正常活动及公私财产。贪污贿赂罪是一种与公务活动密切相关的渎职性犯罪，这类犯罪既危害了公务活动的廉洁性，又伤害了国家机关、国有企事业单位、人民团体等单位的正常活动，还侵害了公共财产，少数犯罪还侵犯了公民私人财产以及其他单位的财产。

（三）主观方面是故意，过失不构成本类犯罪。

（四）客观方面表现为利用职务上的便利实施危害国家机关和企事业单位的正常活动、正常秩序和职务行为廉洁性的贪污、挪用公款、受贿、行贿、介绍贿赂、巨额财产来源不明、隐瞒境外存款不报、私分国有财产等行为。其特点有两个方面。第一，一般都是利用职务便利实施犯罪行为。即行为人出于谋取私利的目的，利用自己的职权进行的某种贪利性的犯罪活动。例如，利用自己主管或者经营某项公共财物的便利条件，非法侵吞、挪用国有资产；或者利用自己职务的便利，为他人谋取利益而从中收受财物等等。第二，本类犯罪属于结果犯，即侵犯的经济利益需要达到一定的数额标准才能构成犯罪。

贪污贿赂罪的表现形式，少数的行为表现为不作为，如隐瞒不报境外存款罪、巨额财产来源不明罪等。多数行为表现为作为，如贪污、索贿、挪用、私分等。无论是作为还是不作为，都必须是与其职务活动相联系的，否则不构成本类犯罪。

刑法分则第八章贪污贿赂罪共１５个条文，12种罪名。□

第二节　贪污贿赂罪分述

一、重点罪（贪污罪；挪用公款罪；受贿罪；行贿罪；介绍贿赂罪；巨额财产来源不明罪）

（一）贪污罪

1.定义

贪污罪，是指国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的行为。

2.特征

(1)主体是特殊主体，即必须是国家工作人员。根据本法第93条的规定，所谓国家工作人员，是指国家机关中从事公务的人员。国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司企业、事业单位、社会团体从事公务的人员，以及其他依照法律从事公务的人员，以国家工作人员论。此外，根据本条第2款的规定，受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员，也可以成为本罪的主体。不具有上述特殊身份的一般公民与上述人员勾结，伙同贪污的，以贪污罪的共犯论处。

所谓公务，是指依照法律所进行的管理国家、社会或集体事务的职能活动。它包括三个要素：一是管理性，即公务是对国家、社会或集体事务的管理活动；二是职能性，即公务是行为人代表国家各种职能机关、国有公司、企业、事业单位中的职能部门进行的管理活动；三是依法性，即公务是行为人依法进行的。这里的依法，既包括依照法律的规定，也包括依照行政命令，还包括受国家机关、企业、事业单位和人民团体的委托等。

总之，行为人在具有依法从事公务的前提下，在与其职务身份相对应的单位履行职责时，才有成为贪污罪主体的可能，而无论其是属于当然的国家工作人员还是属于拟定的国家工作人员。此外，据本条第3款规定，勾结、伙同国家工作人员贪污的，以贪污共犯论处。

(2）客体是复杂客体。既侵犯了公共财物的所有权，又侵犯了国家机关、国有企业事业单位的正常活动以及职务的廉洁性，但主要是侵犯了职务的廉洁性。在国有公司、企业中，具有国家工作人员身份的人，侵吞本公司、企业的财物，当然属于信犯了公共财物的所有权。在中外合资和中外合作企业、股份制公司、企业中，中方和国有资产大都占控股地位或主导地位，其财产仍可视为公共财产，即使不占主导地位和控股地位，其中一部分财产仍属公共财产，因此，具有国家工作人员身份的人，利用职务的便利，侵吞上述公司、企业的财物，仍属于侵犯公共财杉的所有权。

本罪的犯罪对象是公共财物或非国有单位财物，其中，当然的国家工作人员而为的贪污罪的对象，是公共财物；拟定的国家工作人员中的受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员而为的贪污罪的对象，是公共（国有）财物；在国有单位从事公务的人员而为的贪污罪的对象是国有财产；受国有单位委派到非国有单位从事公务的人员而为的贪污罪的对象，是国有或非国有单位财物；勾结、伙同国家工作人员或受国家机关、国有公司、企业、事业单位和人民团体委托管理、经营国有财产的人员而为的贪污罪的对象，既可以是公共财物，也可以是国有财产。因此，一般来说，贪污罪的对象是公共财物或非国有单位财物。所以，作为贪污罪客体物质表现白对象有：一是公共财物；二是国有财物；三是非国有单位的财物。根据本法第91条规定，公共财物分为两类：其一，当然的公共财物。包括：国有财产、劳动群众集体所有的财产以及用于扶贫和其他公益事业的社会捐助或者专项基金的财产。其中，国有财产，是指国家机关、国有公司、

企业、事业单位和人民团体所拥有的财产；劳动群众集体所有的财产，是指集体经营组织所拥有的所有权属于该组织全体成员共同所有的财产；扶贫和其他公益事业的社会捐助或者专项基金的财产，是指通过捐助或专项基金手段募集的用于扶贫或其他公益事业的慈善性质的款物；其二，拟定的公共财物，即国有公司、企业、集体企业和人民团体管理、使用或运输中的私人财产。其中，根据本法第 92 条的规定，私人财产包括：公民的合法收入、储蓄、房屋和其他生活资料；依法归个人、家庭所有的生产资料；个体户和私营企业的合法财产；依法归个人所有的股份、股票、债券和其他财产。拟定的公共财产的所有权虽然实际上属于公民个人，但是由于它们处于国有公司、企业、集体企业和人民团体管理、使用或运输中，对其应以公共财产论。

另外，依本法第 171 条第 2 款的规定，非国有单位的财物，是指非国有公司、企事业单位和社会团体所有的财物。

(3)主观方面是故意，并且具有非法占有公共财物的目的。过失不构成本罪。其故意的具体内容表现为行为人明知自己利用职务之便所实施的行为会发生非法占有公共（国有）财放或非国有单位财物的结果，并且希望这种结果的发生。犯罪的目的，是非法占有公共（国有）财物或非国有单位财物。而非法占有公共（国有）财物或非国有单位财物的目的，既可以是行为人企图将公共（国有）财物或非国有单位财物永久地占为己有，也可以是行为人希望将公共（国有）财物或非国有单位财物非法获取后转送他人。另外，贪污罪不以特定的犯罪动机为其主观方面的必备要素，只要行为人故意实施了利用职务之便非法占有公共（国有）财物或非国有单位财物的行为，无论出于何种动机，均可构成贪污罪。

(4) 客观方面表现为利用职务之便，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的行为。这是贪污罪区别于盗窃、诈骗、抢夺等侵犯财产罪的重要特征。

所谓利用职务上的便利，是指行为人利用其职责范围内主管、经手、管理公共财产的职权所形成的便利条件，假借执行职务的形式非法占有公共财物，而不是因工作关系或主体身份所带来的某些方便条件，如因工作关系而熟悉作案环境，凭借工作人员身份进出某些机关、单位的方便等。所谓主管，是指具有调拨、转移、使用或者以其他方式支配公共财产的职权，例如厂长、经理等具有的一定范围内支配企业内部公共财产的权力；所谓经手，是指具有领取、支出等经办公共财物流转事务的权限；所渭管理是指具有监守或保管公共财物的职权，例如会计员、出纳员、保管员等具有监守和保管公共财物的职权。行为人如果利用职务上主管、经手、管理公共财物的便利，而攫取公共财物的，就可构成贪污罪。

贪污手段多种多样，但归纳起来不外乎是采取侵吞、窃取、骗取或者其他手段非法占有公共财物。

侵吞财物，是指行为人将自已管理或经手的公共财物非法转归自己或他人所有的行为。概括起来侵吞的方法主要有三种：一是将自己管理或经手的公共财物加以隐匿、扣留，应上交的不上交，应支付的不支付，应入帐的不入帐。二是将自己管理、使用或经手的公共财物非法转卖或擅自赠送他人；三是将追缴的赃款赃物或罚没款物私自用掉或非法据为私有。

窃取财物，是指行为人利用职务之便，采取秘密窃取的方式，将自己管理的公共财物非法占有的行为，也就是通常所说的监守自盗。如果出纳员仅是利用对本单位情况熟悉的条件，盗窃由其他出纳员经管的财物，则构成盗窃罪。

骗取财物，是指行为人利用职务之便，采取虚构事实或隐瞒真相的方法，非法占有公共财物的行为。例如出差人员用涂改或伪造单据的方法虚报或谎报支出冒领公款，工程负责人多报工时或伪造工资表冒领工资，收购人员谎报收购物资等级从中骗取公款等。

其他方法，是指除了侵吞、盗窃、骗取之外，其他非法占有公共财物的方法。主要有以下几种方法：

（1）内外勾结，迂回贪污。即国家工作人中利用职务上的便利，内外勾结，将自己管理、经营的公共（国有）财物以合法形式，转给与其勾结的外部人员，然后再迂回取回，据为己有。

（2）公款私存、私贷坐吃利息。

（3）利用回扣非法占有公款。即行为人在为本单位购买货物时，将卖方以购货款中抽出一部分作为回扣的款项占为己有的行为。

（4）利用合同非法占有公款。即行为人在为本单位购买货物、推销产品等经济活动中，在与他人签订经济合同时，双方恶意串通，提高合同标的价格，然后将抬高的差价私分等。

（5）间接贪污。如国家工作人员利用职务之便，使用单位雇请的工人为自己干活等。

（6）占有应交单位的劳务收入。

（7）利用新技术手段进行贪污。即行为人利用职务便利，运用新的科技手段进行贪污的行为。主要有：银行工作人员利用微机侵吞公款、套取利息，证券从业人员利用技术手段侵吞股金、红利等。

3. 认定

（1）区分本罪与非罪的界限

贪污罪作为一般贪污行为的特殊形式，除具有一般贪污违法行为的共性外，还具有自身的特性。构成贪污罪的贪污行为，还具有贪污数额和情节上的要求。因此，认定贪污罪与一般贪污违法行为时，应把握以下方面：1、要看行为人贪污的数额是否达到5千元。其中，贪污的数额按累计方法计算。对于行为人贪污的数额达到5千元的，无论其情节如何，均构成贪污罪；而对于贪污的数额尚未达到5千元的，一般应视为一般贪污违法行为，2、要看行为人的贪污情节。其中，贪污情节主要针对贪污数额不满5千元的贪污行为。如果贪污数额不满5千元，贪污情节较轻时，对该贪污行为就应认定为一般贪污违法行为；如果贪污数额不满5千元，但贪污情节较重时，对该贪污行为就应认定为贪污罪。其中，贪污情节是否属于较重或较轻范围，一般应从以下方面进行综合分析、界定：一看行为人的一贯表现；二看行为人贪污行为的动机和目的；三看行为人所贪污的公共（国有）财物或非国有单位财物的性质、用途；四看行为人贪污的手段；五看贪污行为所造成的后果；六看行为人的悔罪表现。根据1999年9月16日最高人民检察院发布施行的《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定》（试行）的规定，个人贪污数额不满5千元，但具有贪污救灾、抢险、防汛、防疫、优抚、扶贫、移民、救济款物及募捐款物、赃款赃物、罚没款物、暂扣款物，以及贪污手段恶劣、毁灭证据、转移赃物等情节的。

（2）贪污罪既遂和未遂的认定

所谓贪污罪的既遂，是指行为人所故意实施的非法占有公共（国有）财物或非国有单位财物行为，已具备了贪污罪构成的全部要件，同时产生了危害结果。因此，认定贪污罪既遂与否，应把握以下两点：

1、看行为人的贪污行为，是否符合贪污罪构成要件的特征。其中，衡量非法占有的标准，是行为人是否实际已非法占有了公共（国有）财物或非国有单位的财物。如果已实际非法占有了，即视为既遂。

2、看行为人的贪污行为，是否造成了客观的危害结果。其中，衡量造成了客观危害结果的标准：一是贪污数额实际上已达到5千元；二是贪污数额虽然实际上尚未达到5千元，但客观上存在贪污情节较重的事实。

对于符合上述两方面的贪污行为，就可以认定为贪污罪既遂。

所谓贪污罪未遂，是指行为人已经着手实行贪污犯罪，由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞。其特征是：（1）行为人已着手实施贪污行为；（2）行为人还没有取得对公共（国有）财物或非国有单位财物的实际控制权或所有权；（3）没有取得对公共（国有）财物或非国有单位财物实际控制权的原因，是由于行为人意志以外的原因。

因此，正确认定贪污罪未遂时，除掌握其特点外，还应注意以下问题：

1、认定行为人还没有取得对公共（国有）财物或非国有单位财物的实际控制权或所有权的标准，是看公共（国有）财物是否已经被行为人非法占有或者已经被行为人非法取得。也就是说，行为人是否实现了其贪污犯罪的故意内容或达到了其主观上的预期希望或形成了客观行为与主观故意的相互一致。2、对于一般的贪污未遂行为，如果属于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的或具备其他免予刑事处罚条件的处。一般不以贪污罪论 3、对

于符合下列情形的贪污未遂行为，仍应以贪污罪论处，(1)贪污数额巨大；(2)为首组织策划共同贪污的；(3)毁灭罪证逃避侦查的；(4)为掩盖贪污罪行，而嫁祸于人的；(5)企图贪污特定款物造成恶劣影响的；(6)有证据证实其犯罪而拒不供认的；(7)打击报复报案人或举报人的；(8)其他贪污情节严重的行为。

(3)共同贪污犯罪的认定

所谓共同贪污犯罪，是指二人以上共同实施的贪污犯罪行为。它有以下特点：一是贪污行为人必须是两个人（含二人）以上，二是行为人共同实施了非法占有公共（国有）财物或非国有单位财物的行为；三是行为人之间具有共同贪污的故意；四是各共同贪污犯罪人在共同故意支配下，彼此联系，互为条件；五是共同贪污行为造成了总和犯罪结果。即贪污总额是每个共犯共同故意造成的统一结果。

认定共同贪污犯罪时，除掌握其特点外，还应注意以下问题：

1、贪污共犯中，必须包括具有国家工作人员身份的人员。就贪污共犯的组成而言，包括以下情形：一是国家工作人员之间组成的贪污共犯；二是受国家机关、国有公司、企业、事业单位和人民团体委托管理、经营国有财产的人员之间组成的贪污共犯，三是上述两种人员之间组成的贪污共犯；四是与上述一、二类人员勾结、伙同贪污的人员；五是受国有单位委派的非国有单位从事公务的人员之间组成的贪污罪共犯；六是受国有单位委派的非国有单位从事公务的人员与该非国有单位中人员组成的贪污共犯。

2、共同贪污犯罪行为所侵害的对象，是公共财物或非国有单位的财物。

3、共同贪污属于贪污情节较重范畴。

(4)经济承包活动中贪污罪的认定

经济承包是我国当前经济生活中的一种重要经营方式。就其类型而言，包括两种：一是经营权型承包，即发包方由经营管理为主变为监督管理为主，而承包方受发包方的委托直接对承包对象进行经营管理。它的特点是，承包对象的所有权与使用权发生了分离，即发包方仍对承包对象享有所有权，而承包对象的使用权则归承包方享有。二是劳务型承包，即发包方与承包方围绕着劳动报酬规定各自的权利和义务，以承包方实现所承包的最终生产经营成果指标作为分配的依据，承包方并因而相应地享有较大的生产经营自主权和承担较大的生产经营责任。它的特点是：承包方接触、使用生产资料的过程，是一种生产过程，而非管理、经营活动。同时，承包方对接触、使用的生产资料并不具有管理、处分权，因此，根据本法第271条第2款和本条第2款规定，只有经营权型承包中的承包人，才有利用职务的便利，实施侵吞侵占、窃取、骗取或以其他手段非法占有发包方财物的可能，才有成为贪污罪主体的可能。所以，在认定经济承包活动中的贪污罪时，首先要确定该类承包是否属于经营权型的承包。然后把握以下方面：

1、正确认定承包人是否具备贪污罪的主体资格。一般要从以下方面着手：

(1)考察发包方的经济性质

据国家统计局和国家工商行政管理局1995年颁布的《关于经济类型划分的暂行规定》规定，目前我国的经济类型包括：国有经济、集体经济、个体经济、联营经济、股份制经济、外商投资经济和港澳台投资经济七种。就发包权而言，法律并未限定。因此，作为上述七种经济类型的对应单位、组织，都可以成为发包方。

承包人作为受托人的一种特殊形式，根据本法第271条第2款和本条第2款规定，如果变成贪污罪的主体，必须同时具备下列条件：一是接受国有经济性质的单位、组织的委托或委派后，直接从事承包活动或在被承包单位中从事公务；二是承包的内容或职责，是负责国有财产的经营活动。所以，就发包方而言，其必须是国有经济性质的单位、组织或非国有单位。包括国有公司、企业和事业单位、人民团体中的经济实体，以及非国有公司、企业和事业单位。只有当发包方是国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体或非国有单位时，承包人才有成为贪污罪主体的可能；因此，发包方经济性质如何，并不影响承包人成为贪污罪主体。

(2)考察承包人所承包的对象

承包人要具备贪污罪的主体资格，其所承包的对象必须是具体的经济实体。它可以是某个独立完整的国有

或非国有公司、企业，也可以是国有或非国有公司、企业、事业单位或团体中的某一个经济实体部门；它既可以是承包时已经存在的经济组织，也可以是承包时尚不存在，但发包方提供了生产资料、资金和其他经营条件，而后由承包人据此去创建的经济组织。

（3）考察是真承包，还是假承包

认定是真承包，还是假承包的关键，是看发包方是否向承包方提供依法成立的经济实体或合法的生产资料、资金和其他经营条件。具体来说，对于承包时已存在的承包对象而言，其是否属于依法成立的经济实体；对于承包时尚未存在的承包对象而言，发包方是否向承包人提供了合法的生产资料、资金和其他经营条件。

（4）考察承包权的取得方式

综上所述，据本法第 27l 条第 2 款和本条第 2 款规定，承包人是否具备贪污罪的主体资格，关键是看其承包权的取得方式，进而确定承包人是否属于国家工作人员范畴。下列承包人应视为国家工作人员，能成为贪污罪的主体：一是受国家机关、国有公司、企事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的承包人；二是在国有公司、企业或其他国有单位中从事业务，且直接承包该公司企业或单位中经济实体的承包人；三是受国有公司、企业或其他国有单位委派，而承包非国有公司、企业或单位中经济实体的承包人。

2、正确认定承包人所侵犯的财产是否是国有财产或被承包的非国有单位的财产。

根据刑法第 271 条第 2 款和本条第 2 款规定，承包人成为拟定的国家工作人员，真正成为贪污罪的主体，必须具备两个条件，一是接受国家机关、国有公司、企业、事业单位和人民团体的有关承包问题的委托或委派；二是所委托的事项仅限于国有财产或被承包的非国有单位的财产的经营活动。因此，承包人的承包责任在于经营国有财产或被承包的非国有单位的财产。所以，如果承包人虽接受非国有单位或私人委托或委派，但是，由于委托或委派方属非国有单位范畴，并且其所从事的不是经营国有财产事宜或承包经营的非国有财产，这时承包人就不能成为贪污罪的主体。

另外，由于被承包的经济实体，承包后的生产资料、流动资金、经营利润等，在所有权的归属上具有复杂性。因此，并非所有承包人非法占有承包体财产的行为，都一律构成贪污罪。认定的标准，是看承包后承包体的财产是否仍属于国有财产或被承包的非国有单位财产范畴。如果属于，则可认定为贪污罪；如果不属于，一般就不应认定为贪污罪。

司法实践中，通常将承包体内的下列财物，视为国有财产或非国有单位的财产，（1）属于国家机关、国有公司、企业、事业单位和人民团体或非国有单位投人的生产资料和资金；

（2）承包人应交给发包方的定额利益和超利分成部分；

（3）应上交国家的现金和按规定应缴纳的能源、交通基金、教育基金以及依法提留的公积金、公益金

（4）按合同规定应付给职工的工资和奖金；

（5）承包方承包经营的各类物资和购销货款；

（6）承包方在外贸活动中，按照国际惯例收取的回扣或在对外交往中接受的依照国家规定应当交公的礼品等。

此外，下列财产不属于国有财产或非国有单位的财产范围：

（1）承包人投人的生产资料、资金。但承包人属于国有单位时除外；

（2）承包人应得的利润和超利分成部分等。但承包人属于国有单位时除外。

此外，对于承包经营经营中的利润是否属于国有财产或被承包的非国有单位的财产范围问题，必须以承包合同为根据，按照预先约定的分配方式进行具体分析，分别对待：

（1）承包利润的整体，一般应视为非国有财产。因为即便承包人将应交发包人的利润占为己有，按承包协议规定，发包方始终都有索要该项利润的权利。因此，应将这种利润分配纠纷，视为债权纠纷（民事纠纷）；

（2）对于按承包协议规定，承包人应交而少交给发包方的利润，应视为国有财产或被承包的非国有单位的

财产；

（3）利润中的奖金份额，应视为国有财产或被承包的非国有单位的财产；

（4）合法余留的利润，应视为非国有财产或被承包的非国有单位的财产。五）股份制企业中贪污罪的认定所谓股份制企业，是指全部注册资本由全体股东共同出资，并以股份形式投资开办的企业。据《中华人民共和国公司法》（1993 年 R 月 29 日）、《中华人民共和国全民所有制工业企业法》（1988 年 4 月 13 日）、《中华人民共和国中外合资经营企业法》（1979 年 7 月 1 日）、《中华人民共和国中外合作经营企业法》（1988 年 4 月 13 日）和《中华人民共和国外资企业法》（1986 年 4 月 12 日）以及《中华人民共和国私营企业暂行条例》（1988 年 6 月 3 日）规定，股份制企业包括两类：一是有限责任公司。即由两个以上股东共同出资，股东以其所认缴的出资额对公司承担有限责任的企业法人。它又可分为：国有有限责任公司即国有独资公司、非国有有限责任公司以及国家机关、国有公司、企业、事业单位和人民团体同其他非国有经济组织，共同出资创办的有限责任公司。其中，非国有有限责任公司又包括：劳动群众集体投资创立的有限责任公司、非国有企业之间共同投资创立的联营性质的有限责任公司、外商投资创立的有限责任公司和港澳台商投资创立的有限责任公司；二是股份有限公司。即全部注册资本由等额股份构成，并通过发行股票募集资本的企业法人。因此，股份制企业的资本，既可以具有国有财产属性，也可以具有非国有财产属性。所以说，股份制企业属于公司范畴。据本法第 271 条规定，在股份制企业中存在贪污犯罪的可能。

认定股份制企业中的贪污罪时，除应掌握贪污罪构成要件的特有属性之外，还应注意以下问题： 1、考察股份制企业的财产，是否属于国有财产或非国有单位的财产范畴。据本法第 271 条第 2 款和本条第 2 款规定，股份制企业人员构成贪污罪的一个重要条件，就是实施了非法占有该企业中国有财产或非国有单位的财产的行为。具体来说：

（1）纯属国家持股的股份制企业即国有独资公司，其财产具有国有财产的性质，可以成为贪污罪的客体。

（2）纯属个人或非国有公司、企业持股的股份制企业，其财产虽不具有国有财产的性质，但是，如果是国有单位委派到其中从事公务的人员，利用职务之便实施了侵占该公司财产时，该公司的财产就能成为贪污罪的客体。

（3）混合股份制企业，其财产既包括国有资产股，也包括非国有资产股，并为股东共同所有。其中的国有公司、企业、事业单位或人民团体，同样也只能作为一个股东出现，与其他股东是平等的权利、义务关系。因此，该类企业中的财产，一般虽不具有国有财产属性，但作为非国有单位财产，如果是国家工作人员利用职务之便非法侵占时，该财产也能成为贪污罪的客体。同时，对于下列情形的混合股份制企业中的财产，则应视为国有财产：一是国家机关、国有公司、企业、事业单位和人民团体出资的实物二是国有公司、企业向国外市场发行股票、募集股本，与外方共同合资形成的股份制企业的财产；三是外方的资本和实物折算股份，中方以配套资金和土地等生产资料和实物折算股份组成的股份制企业的财产。其中，中方所折算股份的所有权性质必须具有国有财产属性。

2、考察股份制企业中管理、经营国有财产的人员，是否具有国家工作人员身份，是否能够成为贪污罪的主体。据本法第 271 条和本条第 2 款规定，股份制企业人员构成贪污罪，不仅实施了非法占有股份制企业中具有国有财产属性的财产或非国有单位财产的行为，而且还必须具有拟定的国家工作人员身份，即该人员必须是受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理经营国有财产的人员或受国有公司、企业和其他国有单位委派到非国有公司、企业和其他单位中从事公务的人员。正确认定股份制企业中管理、经营国有财产的人员，是否具有国家工作人员身份时，应注意以下问题：

（1）该人员是否是在股份制企业中，直接从事管理、经营公认企业财产的人员。如果是，则具有贪污罪的主体资格；如果不是，一般不具有贪污罪的主体资格。

（2）该人员是否属于接受国家机关、国有公司、企业、事业单位和人民团体委托或受国有公司、企业和其

他国有单位的委派，在股份制企业中负责管理、经营企业财产或从事业务的人员。如果属于，则具有贪污罪的主体资格；如果不属于，则不具有贪污罪的主体资格。

因此，股份制企业的贪污罪主体范围：一是国家工作人员，即在国有公司、企业直接从事经营、管理国有财产的人员；二是受国家机关、国有公司、企业、事业单位和人民团体委托或委派，在混合股股份制企业中从事企业财产管理、经营的人员或依法从事公务的人员。

（3）该人员在客观上是否实施了利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或其他手段非法占有公共（国有）财物或非国有单位财物的行为。具体来说，在国有公司、企业或国有单位中从事业务的人员，是否属于利用职务之便实施了侵占该国有单位财物的行为；受国有公司、企业或其他国有单位委派到非国有公司、企业以及其他单位从事公务的人员，是否属于利用职务之便实施了侵占该非国有单位财物的行为。因此，如果实施了，即构成贪污罪；如果未实施，则不构成贪污罪。综上所述，对股份制企业财产性质的认定，是认定股份制企业中贪污罪的前提条件；对股份制企业人员身份的认定，是认定股份制企业中贪污罪的基础；对股份制企业中行为人客观行为表现的认定，是认定股份制企业中贪污罪的根本。

（6）三资企业中贪污罪的认定

所谓三资企业，是指中外合作经营企业、中外合资经营企业和外资企业的统称。它是股份制企业的一种特殊形式。

根据《中华人民共和国中外合资经营企业法（1979 年 7 月 1 日）、《中华人民共和国中外合作经营企业法》（1988 年 4 月 13 日）和《中华人民共和国外资企业法》（1986 年 4 月 12 日）规定，所谓中外合资经营企业，是外国的经济组织或个人与我国的经济组织在平等互利的基础上，共同筹集资金、技术和设备，报经我国政府批准，并在我国开办的具有申国法人资格的实体。所谓中外合作经营企业，是由外国企业和其他经济组织或者个人同中国的企业或者其他经济组织，按照平等互利原则，依法用书面合同规定合作条件，并经国家批准的在中国境内共同设立的，负有限责任的经济组织。因此，就中方合资（作）者而言，有国有公司、企业或事业单位和人民团体中的经济组织的可能。所以，根据本法第 271 条和本条规定，在中外合资（作）经营企业中，存在着贪污犯罪的可能。所谓外资企业，又称外国独资企业，是指外国的公司、企业以及其他经济组织，在我国设立的私人企业。因此，在该企业中，不存在贪污犯罪问题。总之，认定三资企业中的贪污罪问题，仅限于中外合资（作）经营企业中的贪污犯罪问题。

正确认定中外合资（作）经营企业中的贪污罪，除把握贪污罪构成要件特征之外，还应注意以下方面：首先，要认定中外合资（作）经营企业中从事经营管理的人员，是否取得国家工作人员身份，具有贪污罪的主体资格。从目前我国中外合资（作）经营企业的实际情况看，既有外方与我国国有公司企业或经济组织合资（作）经营的，也有外方与我国非国有公司、企业或经济组织合资（作）经营的。其人员包括两类：一类是董事会成员。他们直接参与企业的决策和经营管理活动；另一类是董事会之外的其他工作人员。因此，中外合资（作）经营企业中从事经营管理的人员，能否成为贪污罪的主体，不能一概而论，据刑法第 271 条和第 382 条第 2 款规定，中外合资（作）经营企业中的经营、管理人员，如果取得国家工作人员资格，必须符合两个条件：一是接受国家机关、国有公司、企业、事业单位和人民团体委托或委派从事公务活动；二是所从事的、委托的公务活动，仅限于管理、经营国有财产。所以，中外合资（作）经营企业的组织性质决定，其中方人员都可能成为贪污罪的主体。但是，由于外方人员不具备上述条件，因此，他们不能成为贪污罪的主体。所以，中外合资（作）经营企业中的贪污罪主体，只能由中方人员构成。其中包括：一是受国家机关、国有公司、企业、事业单位和人民团体委托管理、经营该企业中国有财产的人员；二是国有公司、企业或其他国有单位委派到该企业依法从事公务的人员。

其次，上述中方人员在中外合资（作）企业中，利用职务之便实施了侵占该企业中财物的行为。即侵占行为的实现，是中方人员凭借其在该企业中的职务之便或从事公务之便的条件，完成或实现的。因此，对于没有

或没有利用职务之便与从事公务之便的中方人员，即使其实施了侵占该企业财物的行为，也不构成贪污罪。

因此，认定三资企业中的贪污罪的标准：一看该“三资”企业是否属于中外合资（作）经营企业范畴；二看三资企业的贪污行为，是否由中方人员所为；三看该中方人员是否属于拟定的国家工作人员范畴；四看该中方人员所实施的侵占三资企业财物的行为，是否属于利用职务或从事公务之便。

（7）经济联合体中贪污罪的认定

所谓经济联合体，是两个以上经济实体在联合经营的基础上而形成的新的经济实体。由于经济联合体可以是不同经济性质经济实体的联合，故联合体内财物所有权具有复杂性。既可以是国有财产与非国有财产的融合，也可以是国有财产或非国有财产之间的融合。因此，在认定经济联合体中的贪污罪时，应注意以下问题：

第一，要搞清经济联合体的联合形式。就目前前言，经济联合体的联合形式包括三种：一是国有公司、企业之间通过联合经营而形成的经济联合体：二是非国有公司、企业之间通过联合经营而形成的经济联合体；三是国有公司、企业与非国有公司、企业之间，通过联合经营而形成的经济联合体。

第二，要搞清经济联合体财产的性质，就国有公司、企业之间的联合体而言，由于联合各方的财产均属于国有财产范畴，因此，它们联合经营后而形成的联合体的财产性质，并未发生改变。因此，这种联合体的财产，能够成为贪污罪的客体；就非国有公同、企业之间的联合体而言，虽然联合各方的财产均属于非国有财产，但在一定条件下，联合体的财产也能成为贪污罪的客体；就国有公司、企业与非国有公司、企业之间的联合体而言，其财产既包括国有财产，也包括非国有财产。但据本法第 91 条第 2 款规定，该联合体财产中的非国有财产，应视为国有财产。因此，这种联合体的财产，能够成为贪污罪的客体。第三，要搞清经济联合体中的人员，能否成为贪污罪主体。根据本法第 27l 条和本条第 2 款规定，国有公司、企业之间的联合体和国有公司、企业与非国有公司、企业之间的联合体中的人员，属于拟定的国家工作人员范围，可以成为贪污罪的主体，但是非国有公司、企业之间的联合体中的人员，不属于国家工作人员范围，所以一般不能成为贪污罪的主体。但是，受国有公司、企业或其他国有单位委派到该联合体中从事公务的人员除外。（八）科技人员兼职活动中贪污罪的认定首先，要认定从事兼职活动的科技人员是否具备国家工作人员身份。就我国目前而言，科技人员可分为五类：一是直接在冈家机关、国有公司、企业、事业单位私人民团体中从事科研活动，并且其劳资、人事关系就在上述单位内的科技人员。由于这类人员本身就具有国家工作人员身份，因此，能够成为贪污罪的主体；二是直接在非国有企业、公司、事业单位和人民团体中从事科研活动，并且其游资、人事关系就在上述单位或人才交流中心、街道内的科技人员。由于这类人员本身不具有国家工作人员身份，因此不能成为贪污罪主体；三是受国家机关、国有企业、公司、事业单位和人民团体聘用，往上述单位中直接从事科研活动，但其劳资、人事关系不在上述单位内的科技人员。无论其本身是否具备国家工作人员身份，都可视为拟定的国家工作人员，能成为贪污罪的主体；四是受非国有公司、企业、事业单位委托，在上述单位直接从事科研活动，但劳资、人事关系不在上述单位内的科技人员。即使其本身具有国家工作人员身份，也不属于本法第 93 条第 2 款所规定的拟定国家工作人员范畴。所以，这类科技人员不能成为贪污罪的主体；五是受国有公司、企业或其他国有单位委派到非国有单位从事科研活动的人员。由于这类科技人员具有拟定的国家工作人员属性，所以可以成为贪污罪的主体。总之，只要科技人员具有国家工作人员身份，无论其直接从事科研活动的单位的经济性质如何，他都可能成为贪污罪的主体。

其次，要看科研人员兼职所在单位，是否属于国有经济性质的单位或非国有单位范畴。如果属于，则该科技人员就有成为贪污罪主体的可能。因此，科技人员为某一自然人提供科技服务时，不存在贪污问题。但为单位提供科研服务时，就有成为贪污罪主体的可能。其中，单位既包括国有单位，也包括非国有单位。

第三，要看兼职活动是否基于在国家机关从事科研公务的要求或国家机关、国有公司、企业、事业单位和人民团体的委托、委派。如果是基于，那么，该科技人员就有了成为贪污罪主体的可能。

第四，要注意区分科技人员在兼职活动中，暂时使用、占有、控制兼职单位的科研器材的行为与贪污罪的

界限。

第五，要注意把兼职人员利用职务上的便利侵吞公共（国有）财物或非国有单位财物的行为，与未依照财经制度的有关规定擅自提取合理报酬的错误行为区别开。

第六，要注意把兼职人员将本单位非保密性质的一般性技术成果进行改进、革新以后擅自转让给兼职单位或个人，从中获取技术转让费的行为，与利用职务上的便利，骗取、窃取、侵吞本单位职务技术成果，出卖牟利的贪污犯罪区别开来。根据最高人民检察院、国家科学技术委员会《关于办理科技活动中经济犯罪案件的意见》(1994 年 6 月 I7 日）规定：具有国家工作人员身份的科技人员，利用职务上的便利非法占有职务技术成果或职务技术成果的转让收益的，以贪污论处。

（9）有奖销售、储蓄活动中贪污罪的认定

首先，要正确认定有奖销售、储蓄活动单位的经济性质。如果该单位属于国有经济性质的单位（主要是指国有公司、企止），那么，直接参与有奖销售、储蓄活动的人员，就可能具有贪污罪的主体资格；该单位的财产以及按规定支付给中奖者的奖品、奖金，就可能成为贪污罪的客体。如果该单位属于非国有经济性质的单位，那么，其财产以及按规定应支付给中奖者的奖品、奖金，一般就不能成为贪污罪的客体。但是，受国有单位委派到该单位直接参与有奖销售、储蓄活动的人员，利用职务之便实施了侵占该单位财物的行为时，该非国有单位的财物，就能成为贪污罪的客体。

其次，要搞清行为人非法占有的奖品、奖金的所有权归属。如果该奖品、奖金归国有单位组织所有，行为人利用职务之便，采取侵吞、窃取、骗取或其他手段非法占有的，则构成贪污罪；如果该奖品、奖金归非国有单位组织所有时，要具体分析。即只有当行为人具有国家工作人员身份，并且利用职务上的便利，侵占该奖品、奖金，数额较大的，才能构成贪污罪。

第三，要认定非法占有奖品、奖金的行为人，是否具备国家工作人员身份。如果具备，那么该行为人就具有贪污罪的主体资格，如果不具有，该行为人即便实施了非法占有行为，也不具有贪污罪的主体资格。

第四，要认定行为人在实施非法占有奖品、奖金的行为时，是否属于利用职务或从事公务之便。否则，即使非法占有了，也不构成贪污罪，

（10）保险、邮政部门贪污罪的认定首先，本法第 183 条规定：保险公司的工作人员利用职务上的便利，故意编造未曾发生的保险事故进行虚假理赔，骗取保险金归自己所有的，依照本法第 271 条的规定定罪处罚。国有保险公司工作人员和国有保险公司委派到非国有保险公司从事公务的人员有前款行为的，依照本条、第 383 条的规定定罪处罚。因此，对骗取保险金的行为人是否按照贪污罪处理，根据本条规定，关键是看行为人是否具有国家工作人员身份和依法从事公务的特性，以及行为是否是在利用职务之便的前提下实施的骗取保险金的行为。如果是，就构成贪污罪，否则构成侵占罪。

其次，根据本法第 271 条和本条以及最高人民法院《关于邮政工作人员窃取汇款通知单伪造取款凭证的行为应如何定罪问题的答复》(1996 年 4 月 Z 日）规定，对邮政人员利用职务上的便利，私扣自已保管、投递中的汇款单，采取伪造取款证件的方法骗取汇款的行为，应以贪污罪定罪处罚。

（11）公务活动中接受礼物行为的认定

中共中央办公厅、国务院办公厅关于对党和国家机关工作人员在国内外交往中收受礼品实行登记制度的规定》(1995 年 4 月 30 日）规定：党和国家机关工作人员在国内外交往中，不得收受可能影响公正执行公务的礼品馈赠，因各种原因未能拒收的礼品，必须登记上交。须登记的礼品，自收受礼品之日起一个月内由本人如实填写礼品登记表，并将登记表交所在机关指定的受礼登记的部门。

（12）区分贪污罪与盗窃罪、诈骗罪、侵占罪的界限

侵吞、窃取、骗取是贪污罪的三种基本行为形态，这使贪污罪与盗窃罪、诈骗罪、侵占罪在行为形态上具有相似性。两者的主要区别是：(1）犯罪主体不同。前者是特殊主体，只有国家工作人员以及受国家机关、国

有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有资产的人员才能实施；而后者的主体是一般主体，任何有刑事责任能力的人都可以实施。(2)犯罪客观方面不同。前者是行为人利用本人职务上的便利，以侵吞、窃取、骗取或者其他手段非法占有公共财物；后者则是单纯以盗窃、骗取、侵占的方法非法占有公私财物，犯罪手段与行为人的职务、职权或地位及其便利条件无关。是否利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取公共财物，是区分贪污罪与盗窃罪、诈骗罪、侵占罪的关键。(3)犯罪客体和犯罪对象不同，前者侵犯的是复杂客体，行为同时侵犯了公务行为的廉洁性和公共财产所有权，犯罪对象仅限于公共财物；而后者则仅侵犯了公私财产所有权，犯罪对象是公私财物。

(13)区分贪污罪与职务侵占罪的界限

两者都表现为利用职务上的便利，以侵吞、窃取、骗取或者其他手段非法占有财物。其主要区别是：(1)犯罪主体不同。前者的主体是国家工作人员以及受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有资产的人员；后者的主体是公司、企业或者其他单位中除国家工作人员以外的其他工作人员；(2)犯罪客体和犯罪对象不同。前者侵犯的是公务行为的廉洁性和公共财产所有权，犯罪对象仅限于公共财物；后者侵犯的客体是公司、企业或者其他单位的财产所有权，犯罪对象是公问、企业或者其他单位的财产，其中既包括国有、集体性质的公司、企业或者其他单位的公共财产，也包括私营公司、企业或者其他单位的私人财产。

4.处罚

(1)个人贪污数额在十万元以上的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，可以并处没收财产；情节特别严重的，处死刑，并处没收财产。所谓个人贪污数额，在单独犯罪中是指个人实际贪污的数额；在共同犯罪中，对组织、领导贪污犯罪集团的首要分子而言，是指贪污犯罪集团的贪污总数额，对其他共同贪污犯罪的分子而言，则是指某个人实际参与贪污的数额。所谓情节特别严重，一般是指重大贪污犯罪集团的首要分子、贪污犯罪给国家和人民利益造成特别重大的损失、后果特别严重的，或者贪污后订立攻守同盟、毁灭罪证、打击报复证人、拒不退赃，情节特别恶劣的，等等。只有在同时具备个人贪污数额在10万元以上和情节特别严重两方面条件的情况下，才能判处死刑，并处没收则产。只具备其中一项的，不能处死刑。

(2)个人贪污数额在五万元以上不满十万元的，处五年以上有期徒刑，可以并处没收财产；情节特别严重的，处无期徒刑，并处没收财产。

(3)个人贪污数额在五千元以上不满五万元的，处一年以上七年以下有期徒刑；情节严重的，处七年以上十年以下有期徒刑。个人贪污数额在五千元以上不满一万元，犯罪后有悔改表现、积极退赃的，可以减轻处罚或者免予刑事处罚，由其所在单位或者上级主管机关给予行政处分。据此，如果个人贪污数额为1万元以上的，即使行为人犯罪后有悔改表现、积极退赃，也不得减轻处罚或者免除处罚(具有其他法定减轻或者免除处罚情节的除外)。

(4)个人贪污数额不满五千元，情节较重的，处二年以下有期徒刑或者拘役；情节较轻的，由其所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分。

对多次贪污未经处理的，按照累计贪污数额处罚。多次贪污未经处理，是指两次以上的贪污行为，既没有受过刑事处罚，也没有受过行政处理。累计贪污数额应按本法有关追诉时效的规定执行。在追诉时效期限内的贪污数额应累计计算，已过追诉时效期限的贪污数额不予计算。

本条第3款规定：与前两款所列人员勾结，伙同贪污的，以共犯论处。根据共犯理论，对2人以上共同贪污的，按照个人所得数额及其在犯罪中的作用，分别处罚。对贪污集团的首要分子，按照集团贪污的总数额处罚。对其他共同贪污犯罪中的主犯，情节严重的，按照共同贪污的总数额处罚。对于共同贪污尚未分赃的案件，处罚时应根据犯罪分子在共同贪污犯罪中的地位、作用，并参照贪污总数额和共犯成员间的平均数额，确定犯罪分子个人应承担的刑事责任。对于共同贪污个人所得数额虽未达到5000示但共同贪污数额超过5000元的，主要责任者都应给予处罚，其中情节较轻的，由其所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分。

司法机关在对贪污犯罪分子判处主刑时，还应当依法并处没收财产，或者判令退赔。处理案件时，还要积极追赃，不使贪污犯罪分子在经济上占到便宜。追缴的公共财物，应退回原单位；依法不应退回原单位的，上缴国库。

（二）挪用公款罪

1.定义

挪用公款罪，是指国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动的，或者挪用公款数额较大、进行营利活动的，或者挪用公款数额较大、超过3个月未还的行为。

2.特征

（1）主体是特殊主体，即国家工作人员。包括在国家机关中从事公务的国家工作人员。在国有公司、企事业单位和人民团体中从事公务的人员；受国有单位委派到非国有单位中从事公务的人员；其他依照法律从事公务的人员。

（2）客体是主要是公共财产的所有权，同时在一定程度上也侵犯了国家的财经管理制度。挪用公款罪侵犯的直接客体是公款的使用权，同时行为人挪用公款后必然占有，有的还因此获得收益。而所有权包括占有、使用、收益、处分四种相互联系又具有相对独立性的权能，因此对所有权权能的侵犯也必然是对所有权的侵犯。所有权被侵犯并不意味着所有权转移。根据我国《民法通则》的规定，取得所有权必须依照法律规定，因此，从这一法律意义上讲，任何财产犯罪实际上都不可能真正取得所有权，挪用公款罪与贪污一样都侵犯了财产所有权，不同之处只是在于所有权被侵犯的程度不同而已。同时，正因为挪用公款罪直接侵犯了公款的使用权，而这是违反国家财经管理制度中的公款使用制度的，因而它又侵犯了国家财经管理制度。但是，由于挪用公款侵犯的主要客体是国家公共财产所有权，挪用公款罪所侵犯的客体包括：一是国有财产的所有权；二是劳动群众集体财产的所有权；三是用于扶贫和其他公益事业的社会捐助或专项基金的财产的所有权；四是在国家机关、国有公司、企业、集体企业和人民团体管理、使用或运输中的私人财产的所有权：五是非国有公司、企业以及其他非国有单位资金的所荷权；六是非国有金融机构中客户资金的所有权，其中，挪用公款罪的犯罪对象，既包括当然的公共资金款项，也包括拟定的公共资金款项。

侵犯的对象主要是公款。这既包括国家、集体所有的货币资金，也包括由国家管理、使用、运输、汇兑与储存过程中的私人所有的货币。在国有企业、公司中，具有国家工作人员身份的人挪用本企业、公司的财物，属于侵犯了公共财物的所有权。在中外合资、合作、股份制公司、企业中，具有国家工作人员身份的人挪用上述公司、企业的资金，也应属于侵犯公共财物所有权。根据本法第384条的规定，挪用用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物归个人使用的，要按挪用公款罪从重处罚，因此这些特定的公款、公物可以成为本罪的对象。挪用公物归个人使用，一般应由主管部门按政纪处理，情节严重，需要追究刑事责任的，可以折价按挪用公款罪处罚。因而一般的公物也可以成为本罪的对象。

广义的公款，是指公共款项、国有款项和特定款物以及非国有单位（金融机构）和客户资金的统称。既具有当然的公共财产特性，也具有拟定的公共财产的特性。其中，公共款项，就是为公共所有的资金款项；国有款项，是指为国家所有的资金款项；特定款物，是指专门用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物。它既可以为国家所有，也可以为劳动群众集体组织所有，还可以为社会公益组织所有；非国有单位资金，是指非国有公司、企业和其他非国有单位所有的资金；客户资金，是指金融机构客户所有的资金。因此，广义的公款不仅包括公共资金款项和国有资金款项，而且还包括特定财物和非国有单位、客户资金。所谓狭义的公款，专指公共所有的资金款项。包括国有的资金款项、劳动群众集体所有的资金款项或用于扶贫和其他公益事业的社会捐助专项基金。该类公款只具有当然的公共财产特性。

（3）主观方面是故意，并以归个人使用为目的。挪用公款归个人使用，不仅包括挪用者本人使用，而且还包括借给其他人使用。挪用公款后，为私利以个人名义将挪用的公款给企业、事业单位、机关、团体使用的，

也应视为挪用公款归个人使用。“私利”包括获取物质利益和就业、升学、调动工作、晋升等非物质利益。为本人和其他人获取以上利益，不论是否已实际获取，都属于“为私利”。挪用人违反财经管理制度，未经合法审批手续，将公款擅自借给其他单位使用，应认定为“以个人名义”。挪用公款罪在主观方面有以下特点：1、挪用公款具有非法性。即行为人未经批准或许可（包括直接明示的许可或间接明示的默许），违反规章制度私自动用公款。其中，规章制度具有广泛性，因此，挪用的非法性具有两层含义：一是故意违反有关公款管理的规章制度，二是故意违反有关公款使用的规章制度，未经合法批准、许可。2、挪用的本意，是指公款私用、移用、占用、借用。行为目的是为了使用，而非占有公款。其中，行为的目的包括：（1）挪用公款归个人使用；（2）挪用公款进行非法活动；（3）挪用公款进行营利活动。3、挪用并不侵吞公款，而是准备归还，具有擅自借用的特性。即便挪用后而不能归还，也不是出于行为人的主观故意占有，而是出于行为人意志之外的客观原因造成的。

因此，司法实践中，在认定挪用公款罪的主观方面时，可把握以下几点：是否明知是公款；是否故意非法使用；是否只是想暂时挪用；是否准备以后归还。当挪用人与使用人不一致时，如果挪用人不知使用人利用公款进行非法活动时，只能根据挪用人的明知内容，按照挪用公款进行营利或挪用公款归个人使用处罚。如果挪用人知道使用人用公款进行非法活动的，则按挪用公款进行非法活动处罚；如果挪用人开始作案后，主观故意由暂时挪用发展为非法永久占为己有时，无论行为人主观上是否真的具有非法永久占有公款的目的，也无论这种占有是否已客观存在，只要超过三个月未还的，就按挪用公款罪论处，而不按贪污罪或侵占罪处罚。因此，挪用公款罪与贪污罪、侵占罪在行为人犯意发展过程中是不同的：挪用公款罪开始为使用公款，后来可能发展为占有：而贪污罪、侵占罪却始终贯穿占有公款的目的。

（4）客观方面表现为行为人实施了利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动，或者挪用数额较大的公款进行营利活动，或者挪用数额较大的公款超过三个月未还的行为。其中包含三个要件：（1）行为人实施了挪用公款的行为，即行为人未经合法批准而擅自将公款移作他用。（2）行为人挪用公款的行为是利用其主管、管理、经手公款的职务上的便利实施的。（3）行为人挪用的公款是归个人使用的，所谓归个人使用，既包括由挪用者本人使用，也包括由挪用者交给、借给他人使用。根据本条之规定，挪用公款归个人使用具体可包括以下三种情况：

一是挪用公款归个人使用进行非法活动。这里所说的非法活动是指挪用公款供个人或他人进行走私、赌博等违法犯罪活动。对这种情况的定罪，没有要求挪用公款的数额要达到较大，也没有规定挪用达到多长时间，根据最高人民法院《关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》（1998 年 5 月 9 日施行）的规定，挪用公款归个人使用，进行非法活动的，以五千元至一万元为起点；挪用公款归个人进行营利活动的或挪用公款归个人使用超过三个月未还的，以一万元至三万元为起点。如果挪用公款未达到以上标准的，一般可不认为构成犯罪。

二是挪用公款归个人进行营利活动，并且数额较大的。这是指挪用数额较大的公款作为挪用人或者他人进行营利活动的资本，如挪用人本人或者他人将挪用的公款用于生产、经营、买房出租，作为个人参与企业经营活动的入股资金，存人银行或者借给他人而个人取利等，如果行为人挪用公款后，为私利以个人名义将挪用的公款借给企业事业单位、机关、团体使用的，不管这些单位是合将其挪用的公款用于营利活动，都应视为挪用公款归个人使用进行营利活动，而不能认为属于挪归公用，这里的数额较大以挪用公款一万元至三万元为起点，以挪用公款 l5 万至 20 万元为数额巨大的数额起点。对于这种挪用公款数额较大的公款归个人进行营利活动的，法律既没有要求挪用公款要达到多长时间，也不要求行为人营利的目的要真正达到。但如果行为人在案发前已部分或者全部归还本息的，可以分别情节，从轻处罚，情节轻微的，可以免除处罚。

三是挪用公款归个人用于上述非法活动、营利活动以外的用途，并且数额较大，超过三个月未还的。如挪用公款用于建造私房、购置家具和其他生活用品、办理婚丧、支付医疗费或者偿还家庭、个人债务等。这种情况既要求挪用公款要达到一定数额。也要求挪用公款要达到一定时间。这里的数额较大也是以一万元至三万元

为起点，以 15 万元至 20 万元为数额巨大的数额起点。未还是指案发前（被司法机关、主管部门或者有关单位发现前）未还。如果挪用公款数额较大，超过三个月，在案发前已全部归还本金的，可以从轻处罚或减轻处罚。给国家、集体造成的利益损失应予追缴。挪用公款数额巨大，超过三个月，虽在案发前已全部归还本息的，从轻处罚。在实践中，也有这样的情形，行为人多次挪用公款，用后次挪用的公款归还前次挪用的公款，而每次挪用的间隔时间都不超过三个月，对此，应从第一次挪用公款的时间算起。连续累计至挪用行为终止。在追究行为人的刑事责任时，挪用公款的数额按最后未归还的金额认定。

挪用公款给他人使用，不知道使用人用公款进行营利活动或者用于非法活动，数额较大、超过三个月未还的，构成挪用公款罪，明知使用人用于营利活动或者非法活动的，应当认定为挪用人挪用公款进行营利活动或者非法活动。

3.认定

（1）区分挪用公款罪与非罪的界限

首先，并非所有的挪用公款行为都构成犯罪。因此，认定挪用公款罪与非罪界限的关键，是看该挪用公款行为，是否属于法定的挪用公款罪范围。具体来说，是看该行为是否属于下列法定的挪用公款而构成犯罪的行为范围，除此范围之外的其他挪用公款行为，应视为挪用公款的一般违法行为。下列挪用公款行为属于构成挪用公款罪的行为：1、国有公司、企业、事业单位和人民团体工作人员和国有公司、企业、事业单位和人民团体委派到非国有公司、企业、事业单位和人民团体中从事公务的人员，利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用，进行非法活动；或者挪用本单位资金数额较大，进行营利活动的；或者挪用本单位资金数额较大、超过三个月未还的行为。2、国有公司、企业或其他国有单位中从事公务的人员和国有公司、企业或其他国有单位委派到非国有公司、企业以及其他单位从事公务的人员，利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人，数额较大、超过三个月未还的；或者虽未超过三个月，但数额较大、进行营利活动的；或者进行非法活动的行为。3、国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动的；或者挪用公款数额较大、进行营利活动的；或者挪用公款数额较大、超过三个月未还的行为。4、国家工作人员利用职务上的便利，挪用用于救灾、抢险、防汛优抚、扶贫、移民、救济款物归个人使用的行为。其次，在认定某一挪用公款行为，是否构成挪用公款罪时，要把握以下几点：1、考察行为人是否属于具有刑事责任能力、达到刑事责任年龄，且具有本法第 93 条所规定的国家工作人员身份的人员范围。如果缺少上述三个条件之一，该行为人也不能成为挪用公款罪的主体。至于国家工作人员的范围，要严格依照法律规定确认。2、考察行为人是否实施了挪用公款行为，挪用公款的行为是否属于依法从事公务过程中实施的。3、考察挪用公款的行为，是否具有三性。即从事非法活动性、进行营利活动性和超过三个月未还性。4、考察所挪用的款项是否属于公款范围。这里的公款作广义解释，既包括货币，也包括有价证券和特定款物。5、对于营利型、未退还型的挪用行为而言，还要考察被挪用的公款数额是否属于数额较大，即一万元至三万元范围。其中，公款数额不包括挪用时至案发前所生的利息；营利的多少并不影响对营利目的的认定；案发后行为人是否积极退还公款，并不影响对挪用公款罪的认定，但退赃行为可作为量刑情节考虑。6、对于非法活动型挪用公款行为而言，没有数额、时间上的限制。同时，非法活动泛指一切违反法律、法规、规定、命令和规章的活动，不管该非法活动是否完成，只要行为人把所挪用的公款用于从事非法活动时，即视为非法活动型挪用公款行为。7、挪用公款罪的挪用人与使用人，有时一致，有时不一致。但并不影响对挪用人犯罪的认定。总之，在认定挪用公款罪与非罪时，一看该行为是否属于法定挪用公款罪范围；二看该行为是否符合挪用公款罪的构成要件。

（2）挪用公款罪未遂的认定

挪用公款罪作为结果犯，同样存在未遂问题。根据本法第 23 条规定，挪用公款罪的未遂问题，包括两种情形：一是由于行为人意志以外的原因，虽其已着手实施挪用公款犯罪行为，但尚未能将公款挪出。对此，一般不作为犯罪处理。二是行为人已将公款挪出，但因其意志以外的原因而尚未使用，这种挪而未用的行为，实际

上已经侵害公款的所有权，因此，应比照挪用公款罪既遂从轻或减轻处罚。

（3）挪用公款与拆借资金的认定

拆借资金与挪用公款，作为两种对公款的处置方式，在认定两者的界限时，应把握以下几点：1、概念上的区别。前者是指银行或企业之间相互融通短期资金的一种借贷的行为方式，是一种合法行为；而后者是将原定用于某方面的公款移作他用的行为，它侵犯了公共财产的占有、使用和收益权。2、行为方式上的区别。前者是建立在双方自愿的基础上，是经有权出借的人同意，并通过合法手续，如拆借协议、贷款合同，这是民事法律关系上的债权关系；而后者是行为人利用其职务上的便利，私自将公款挪用，使国家或集体对公款失去控制，具有行为上的隐蔽性和手段上的违法性。3、从社会危害性上看。前者是一种融通资金的行为，它为解决公司、企业生产、流通资金暂时短缺起积极作用。如违反有关规定则是一种违规违纪行为；而后者侵犯了公共财产所有权中的占有权、使用权和收益权，干扰和破坏了经济体制改革和社会主义市场经济建设的健康发展。4、对那些以拆借资金为名，逃避信贷规模控制和监督制度的非法拆借行为，情节严重的，对负有直接责任的单位主管人员和经办人员，应以挪用公款罪论处。5、认定拆借行为是否合法，是否构成挪用公款罪，既要根据国家有关拆借行为的金融法律、法规、规定，也要根据本法第 185 条、第 272 条和本条规定进行确定。其中，《中华人民共和国商业银行法》（1995 年 5 月 10 日）第 46 条规定："同业拆借，应当遵守中国人民银行规定的期限，拆借的期限最长不得超过四个月。禁止利用拆入资金发放固定资产贷款或者用于投资。拆出资金限于交足存款准备金，留足备付金和归还中国人民银行到期贷款之后的闲置资金。拆入资金用于弥补票据结算，联行汇差头寸的不足和解决临时性周转资金的需要。"这一规定，是认定银行间拆借资金是否合法的最直接根据。

（4）挪用公款与借贷公款的认定

借贷公款是一种合法的借贷行为。单位与单位之间，个人与单位之间，只要办理了必要的借款手续（借款合同），符合法律、法规政策规定，都可以相互借用款项。其特点在于：一是合法，二是自愿，三是用途合法。这三点，正是挪用公款所不具有的，但其却具有未经合法批准，擅自动用公款的特征。故挪用者与公款所有者之间不存在合法的借贷关系。

所谓借贷公款行为，是指单位负责人或经管财务人员，批准、决定将公款借贷给个人使用的行为。借贷，实际上就是放贷，是一种金融信贷行为。根据我国财经金融管理规定，非金融部门未经国家批准是不能进行信贷活动的。借贷行为违反了财经管理制度，是一种违反财经法规的行为，因而具有行政违法性。但是，我国并未设立借贷公款罪，借贷行为是否具有刑事违法性，法律没有规定。所以，将借贷行为归为挪用，是没有法律依据的。

借贷行为和挪用行为，都系与职务相关的行为。因此，两者有诸多共同之处，如主体都具有经管公共财产的职务身份，形式都是将公款转给个人使用，具体对象都是公款，行为都具有违法性。这是两者容易混淆的原因之一。然而，借贷行为与挪用毕竟不同，它有许多自身的特征：第一，主体的法人性。借贷行为人一般是单位的负责人或其他主管财务人员。这些人，对内有经营决策权、公共财产支配权，对外有代表单位进行民事活动的资格。如果不是以单位的名义，而是个人擅自决定将公款借贷给个人，自然是个人行为。第二，形式的合作性，借贷都要经过一定的程序（如一般经过批准或由领导决定，有的经集体研究），办理一定的手续（如订立借贷合同，由借款人出具借据或收据），通过财务入帐，形式上是合法的。而挪用，是未经领导批准擅自动用公款的行为，一般不需办理何种手续，一经挪用，就不具备合法性。第三，动机的公利性。借贷，一般是出于为单位谋利，如有的是出于为单位创收，有的是出于把单位的死钱变成活钱，搞活经济。而挪用是出于谋私利，即通过取得公款的使用权而从中取得经济上的利益或其他好处。

确定借贷行为是不是挪用，只有在两者构成要件完全重合的情况下才能认定。通过上述对借贷行为特征的分析可以看出，两者在主体、客体方面是重合的，在客观方面和主观方面是交叉的。

客观方面，借贷行为如果是法人行为，则与挪用发生分离，如果是个人行为，则与挪用发生重合。主观方

面，如果是出于公利，则与挪用发生分离，如果是出于私利，则与挪用发生重合。两者重合的统一，就是认定借贷行为转化为挪用的标准，即是说，借贷行为人只有以个人的名义，出于为私利而为的才能以挪用论处，如果是以单位的名义，出于为公利而为的，就不能以挪用论处。

对以下几种具体借贷行为的定性与处理：1、对以下几种借贷行为应以挪用论处：行为人利用职权自批自借，或互批互借，或假名、冒名借贷，或由他人借款后又转归自己使用。因为在这种情况下、借贷行为具备挪用的主客观构成要件。2、对以下几种借贷行为，不能以挪用论处，应根据实际情况，区别对待：第一，对及时收回本息，未给单位造成损失的，一般可作违反财经纪律处理。因为这种情况下，行为的社会危害性小，情节显著轻微，不宜以犯罪论处。第二，不能及时收回本息，虽采取了积极追讨措施，但仍造成重大损失的，对直接负责的主管人员，应按玩忽职守罪论处。因为其主观上对造成的危害结果具有过失心理态度。第三，在办理借贷过程中，收受对方财物，数额较大的，应以受贿罪论处，因为这也是一种权钱交易的行为。第四，明知对方借款是用于走私等犯罪活动而予以借贷的应以走私等犯罪共犯论处，因为这是一种资助犯罪的行为。第五，内外勾结诈骗公款的，应以共犯论处。其中，主犯系内部人员的，应以共同贪污罪论处，主犯系外部人员的，则以共同诈骗罪论处。行为的性质是由主犯行为决定。

（5）挪用公款进行担保案件的认定

所谓挪用公款进行担保案件，是指国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款，并将该项公款用于担保的行为。司法实践中，在认定此案件时，应把握以下问题：

1、要搞清担保的性质根据《中华人民共和国担保法》（1995 年 6 月 30 日）第 2 条规定，所渭担保，是指在借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动中，债权人保障其债权实现的行为方式。担保的方式包括：（1）保证，是指保证人和债权人约定，当债务人不履行债务时，保证人按照约定履行债务或者承担责任的行为；（2）抵押，是指债务人或者第三人不转移抵押物的占有，将该财产作为债权的担衡（3）质押，一是指动产质押，即债务人或第三人将其动产移交债权人占有，将该动产作为债权的担保，二是权利质押，即将汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单或者依法可以转让的股份、股票或者依法可以转让的商标专用权、专利权、著作权中的财产权或者依法可以质押的其他权利，作为债权的担保；（4）留置，是指债权人依法按照合同约定占有债务人的动产作为债权的担保：（5）定金，是指当事人可以约定一方向另一方给付定金作为债权的担保。

2、认定行为人是否具有国家工作人员身份，3、认定行为人主观上是否具有挪用公款的直接故意，并且以将所挪用的公款用于担保为犯罪目的。

4、认定行为人在客观上是否实施了挪用公款行为，同时是否将挪用的公款用于了担保。可见，认定此类案件行为人的客观行为表现时，既要考虑其挪用公款的客观行为，也要考虑其将所挪用的公款用于担保活动的行为。

5、认定行为人将其所挪用的公款用于担保活动的行为的性质（1）根据担保方式的不同，被挪用人公款可能用于下列担保活动：用于保证形式担保的；用于抵押形式担保的；用于质押形式担保的；用于留置形式担保的；用于定金形式担保的。

另外，根据被挪用公款使用人的不同，该担保活动又分为挪用人本人作为担保人或他人作为担保人。具体来说：

就用于保证形式担保而言，挪用人可以所挪用的公款取得保证人资格，当债务人不履行债务时，保证人（挪用人）即按约定以所挪用的公款代债务人履行债务；挪用人也可以将所挪用的公款借给他人（无论有偿还是无偿），由他人利用该公款进行债务担保。

就用于抵押形式的担保而言，作为抵押物的被挪用的公款形式，仅限于用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民和救济物品。因为，抵押物只限于有形物品。同时，如果债务人不履行债务时，债权人有权依法以该特定物品折价或者拍卖、变卖该特定物品的价款优先受偿。

就用于质押形式的担保而言，作为质押物的被挪用公款，既包括货币、有价证券，也包括特定款物。此时，债务人不履行债务时，债权人有权依法优先受偿。

就用于留置形式的担保而言，作为留置物的被挪用公款，仅限于特定物品，而不包括货币。此时，当债务人不履行债务时，债权人有权将留置的特定物品折价、拍卖、变卖，优先受偿。

就用于定金形式的担保而言，作为定金的被挪用的公款，仅限于货币。但债务人不履行债务时，无权要求返还定金。

（2）确定担保是否合法。严格意义说，以所挪用的公款设立的担保，都属于违法的担保。但是，也不能一概而论。确定担保是否合法，关键要依照《中华人民共和国担保法》的规定界定。具体来说：

当债权人明知是挪用的公款，而仍与债务人（包括挪用人本人或他人）签订担保合同时，这时的担保行为，应视为非法。

对于此情形的挪用人（即债务人）而言，其挪用公款的行为，应视为利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动的挪用公款罪范畴。

当债权人不知是挪用的公款，而与债务人（包括挪用人本人或他人）签订担保合同时，这时的担保合同，可视为无效的合同，但不属于非法范畴。

对于此情形的挪用人而言，其挪用公款的行为应区别对待。当挪用公款数额较大，且在担保过程中获取利益时，则视为数额较大，进行营利活动的挪用公款行为；当挪用公款数额较大，且在担保过程中未获取利益时，如果超过三个月未还，则视为“超过三个月未还”的挪用公款行为。

综上所述，对于挪用公款用于担保的条件，要依照本条规定的挪用公款罪定罪量刑。认定的关键：一看用所挪用的公款进行的担保是否合法；二看挪用人在担保过程中是否获取利益。

（6）擅自以单位名义为私人经济担保而遭受损失案件的认定

根据《中华人民共和国担保法》（1995 年 6 月 30 口）及本法规定，认定此类案件需注意以下问题：

1、对此类问题的行为人，若往客观方面表现为有占用公款的故意和目的，而造成单位较大经济损失的。这类情况的行为人，明知到期不还贷款，银行定要划扣单位的公款，仍执意占用公款不还，存在着利用贷款担保这一民事法律关系，达到占用公款搞经营活动的目的，在客观上已构成了占用公款的事实，应定为挪用公款罪。

2、对此类问题的行为人，若在主观方面表现为过失，造成单位重大经济损失的，是玩忽职守罪的一种表现。

3、从对此类问题的行为人，若在主观方面表现为间接故意，使单位遭受经济损失的。行为人虽然没有直接将公款挪给个人使用的故意，但明知提供贷款担保，很有可能发生连带还款的后果，仍擅自以单位的名义提供担保，放任了单位遭受损失的结果的发生，此类行为应定为挪用公款的行为。

4、对擅自以单位名义为单位经济往来关系密切的私营企业经济担保，造成单位损失的。象这类情况，如果被担保私营企业的经营状况与担保单位的经济效益有着相互直接的影响，被担保的又是该企业正常的经济活动，只是由于难以预见的原因，被担保企业不能履行义务，使担保单位承担连带责任的，如果未造成重大损失，就不应以犯罪论处，如果是损失重大，则应经玩忽职守罪论处。

（7）挪用公款私自存入银行取息案件的认定

所谓挪用公款私自存入银行取息案件，是指国家工作人员利用职务之便，挪用公款后，再将被挪用的公款以个人名义存人银行，进而获取利息的行为。司法实践中，认定此类案件时，应注意以下问题：1、行为人是否具有国家工作人员身份。2、行为人在主观上是否具有挪用公款后，再利用该公款获取利息的犯罪目的。至于行为人是否获取了利息，并不影响对该行为的认定。3、此类案件应按数额较大，进行营利活动型挪用公款罪处罚。

（8）挪用公款用于归还个人贷款或借款案件

所谓挪用公款用于归还个人贷款或借款案件，是指国家工作人员利用职务之便挪用公款，然后再将所挪用的公款用于归还本人的贷款或借款的行为。

根据本法第 195 条、第 272 条和本条规定，对此类案件的认定，应注意以下问题：1、行为人是否具有国家工作人员身份。2、行为人主观上是否具有挪用公款的直接故意，并且是否具有用挪用的公款归还本人的贷款或借款的目的。3、对于行为人原来贷款或借款的合法性，进行认定后，再确定挪用公款行为的类型。具体来说：（1）如果原来的借贷关系属于非法，那么行为人用所挪用公款归还贷款、借款的行为，则认定为挪用公款归个人使用，进行非法活动的挪用公款行为。（2）如果原来的借贷关系合法，则区别对待。对于贷款、借款用于营利活动的，则认定为挪用公款数额较大，进行营利活动的挪用公款行为。对于贷款、借款并未用于营利活动的，如果超过三个月未还，则认定为挪用公款数额较大，超过三个月未还的挪用公款行为；如果不属于数额较大或未超过三个月，则认定为挪用公款一般违法行为。

（9）挪用特定款物案件的认定

根据本条规定，所谓挪用特定款物案件，是指国家工作人员利用职务之便，挪用特定款物归个人使用，进行非法活动的，或者挪用特定款物数额较大、进行营利活动的，或者挪用特定款物数额较大、超过三个月未还的行为。该类案件属于挪用公款案件的特殊形式，其特点在于挪用的对象是公款中的特定款物。其中，特定款物包括：救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民和救济款饥 1、行为人必须是达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力、具有国家工作人员身份的自然人。2、行为人在主观上必须具有挪用特定款物的故意，即行为人明知是用于特定方面的特定款物，而将其挪作他用，并且以利用特定款物的使用价值，而进行非法活动、营利活动或其他活动为犯罪目的。3、行为人在客观上实施了下列行为：利用职务上的便利，挪用特定款物归个人使用，进行非法活动。利用职务上的便利，挪用特定款物数额较大、进行营利活动。利用职务上的便利，挪用特定款物数额较大、超过三个月未还。这时，被挪用的特定款物试用于除非法活动、营利活动以外的其他方面。

（10）挪用股票、国库券、债券等有价证券案件的认定

随着我国证券交易的发展，各地出现了一些证券交易所和代理证券业务的银行、信用社的工作人员，利用职务上的便利，擅自挪用本单位资金或客户资金，为本人或他人进行证券交易而从中牟利的行为。根据本法第 185 条、第 272 条和本条规定，对这类构成犯罪的行为，应以挪用公款罪定罪量刑。理由是：其一，证券公司、银行、信用社等金融机构的工作人员，有成为国家工作人员的可能；其二，股票、国库券、债券等有价证券，可以成为挪用公款罪的犯罪对象。原因是，股票、债券、国库券等有价证券直接代表一定数额的货币，是货币财产的书面形式，在一定条件下可以据之提取或换取现金。

但是，在司法实践中，认定挪用股票、国库券、债券等有价证券的案件时，应注意以下问题：1、考察证券从业人员作为挪用公款罪的行为主体时，是否具有国家工作人员身份。据本法第 93 条规定，国家工作人员包括：当然的国家工作人员，即在国家机关中从事公务的人员，如证监会工作人员。拟定的国家工作人员，即在国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员，国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员，以及其他依照法律从事公务的人员。因此，下列证券从业人员可以成为挪用公款罪的主体：（1）国家证券管理机关工作人员，如证监会中的工作人员和中国人民银行工作人员。（2）国有证券公司、国家银行（中国人民银行）的工作人员。（3）受国家证券管理机关（证券委、证监会）委派到非国有证券公司、银行、信用社中从事公务的人员。（4）在证券业中其他依法从事公务的人员。因此，司法实践中认定证券从业人员是否具有挪用公款罪主体资格时，一看其是否具有职务身份；二看其是否属于依法从事公务。2、考察被挪用股票、债券、国库券等有价证券的所有权性质。根据本法第 91 条规定、公共财产包括：国有财产、劳动群众集体所有制财产、用于扶贫和其他公益事业的社会捐助或专项基金的财产，以及在国家机关、国有公司、企业、集体企业和人民团体管理、使用或运输中的私人财产，因此，下列有价证券应视为公共财产：（1）国有的股票、国库券、债券等有价证券；（2）劳动群众集体所有的股票、国库券、债券等有价证券；（3）用于扶贫和其他公益事业的社会捐助的股票、债券、国库券等有价证券，（4）在国有证券公司、银行、信用社等部门中管理、使用和运输中的私人所有的股票、债券、国库券等有价证券。因此，客户在

非国有证券公司、银行、信用社中的股票、债券、国库券等有价证券，属于私人财产范畴。如果其被挪用，则不能成为挪用公款罪的犯罪对象，而是成为挪用资金罪的犯罪对象。所以，只有国家工作人员利用职务上的便利，挪用具有公共财产性质的股票、债券、国库券等有价证券时，才有构成挪用公款罪的可能。（1）不记名、不挂失的有价证券，不论能否随即兑现，均按票面数额和案发时应得的利息一并计算。股票应按照被用当日证券交易所公布的该种股票成交的平均价格计算。（2）记名约有价证券，如果是票面价值已定并能随即兑现的，应按票面数额（有利息的应包括案发时应得的利息）计算。如果是票面价值未定，但能随即兑现的，则以实际兑现的财物价值计算。

（11）证券从业人员挪用公款案件的认定

根据刑法第 I85 条、第 272 条和本条规定，司法实践中，认定证券从业人员挪用公款案件时，应注意以下问题：1、证券从业人员是否具有国家工作人员身份。即是否属于刑法第 93 条所规定的国家工作人员范围。如属于，则应认定；如不属于，则不宜认定。2、认定公款的范围，以及所挪用的公款是否属于本法第 91 条所规定的公共财产。如果属于，则认定；如果不属于，则不宜认定。3、挪用行为的类型挪用客户资金，即证券从业人员利用职务之便，挪用客户存人营业部的资金，买卖证券以赚取差价。挪用客户的证券，即证券从业人员利用职务之便，或填委托单，或把客户的资金帐号、证券种类及数量等提供给不法分子，与不法分子勾结，盗用客户名义，在证券价格上扬时，将客户已购迸的证券抛出，等证券价格下跌时，再买进同样的证券还给客户，从中获取差价。挪用公司资金，这种情况也称为空手道、拉白板等。即证券从业人员利用职务之便，在无资金的情况下，不通过委托代理，不经过验资直接低价买进证券，成交后不办理交割，等证券价格上涨后再抛出去，成交后与买进的证券同时办理交割，以获取差价。伙同他人搞透支交易。因此，一般来说，证券从业人员的挪用行为，都可认定为“营利型”挪用公款行为。故其以一万元元至三万元为数额较大起点。4、挪用行为的特点证券从他人员实施挪用行为时，必然利用其职务之便。由于股票交易中的多程序、多环节、非某一具体工作人员职务所能管辖，单独利用自己的职权是无法完成个人证券交易的，要完成交易需要同事帮忙。在这种共同负有经手保管职责的前提下，有关人员利用岗位职责，并通过同事帮忙，非法占用公司资金（股民融资）、客户帐户证券牟利，应视为利用职务上的便利，也即利用其主管、管理经手公共财物的职权或职务所形成的便利条件。只要达到定罪数额，就应以挪用公款罪处罚。

证券从业人员进行营利活动的手段都是挪用公司的资金进行炒股，即挪用的是客户的资金、证券或伙同他人透支炒股，其挪用对象的实质都是公司的资金。

（12）承包人挪用公款案件的认定

根据本法第 185 条、第 272 条和本条规定，认定承包人在承包经营过程中的挪用公款行为，是否构成挪用公款罪，应注意以下问题：1、确认承包人是否具备国家工作人员身份。2、正确认定承包人在合同期内挪用资金行为的性质。（1）对于经营性承包的承包人，应视为集体经济组织的主管人员或管理财物的人员，可作为挪用公款罪的主体。所谓经营性承包，是指个人以经营管理经验、技术或投人一定的资金，在承包期内，享有经营、人才、资金流向等自主权，按规定上缴一定的利润，并获取报酬的承包。（2）对于风险性承包的承包人，应区别对待。所谓风险性承包，是指个人以高于或与注册资金、流动资金相等的财产作为风险抵押担保，除按合同规定上缴一定的利润外，享有经营的各种权能，盈亏自负，一旦亏损交不出应付资金或注册流动资金到期不能回归，则以担保物作为抵押的承包。区别对待是指：对于经国家工商行政管理部门认定名为集体实为个人的经营权，承包人对企业注册流动资金实际上是以财产抵押担保为条件的非法借贷行为，应视为无效合同予以返还，该承包人不能成为挪用公款罪的主体。对于企业内部员工进行承包，企业性质尚未发生变化的，承包人尽管将自己的财产作为抵押担保而获得了企业资金所有权的各项权能，但企业资金的公款性质仍未改变，因此，承包人可能成为挪用公款罪的主体。总之，承包人利用经营权挪用公款供个人使用，能否认定挪用公款罪：应坚持具体情况具体分析：一是要看其承包的经济实体是否属于国有性质；二是看挪用的是否为公共财物。如果

是属于上述两种情况的，承包人擅自挪用企业财物归个人使用，符合挪用公款罪的，就应定为挪用公款罪。反之，就不能认定挪用公款罪。

（13）经领导同意或集体研究决定将公款借给个人使用案件的认定

经领导同意或者集体研究决定，将公款借给个人或者个体工商户合伙经商，单位从中分利或提成。对于这种情况，因为用公款为单位谋利益，一般不按挪用公款处理为宜。如果批准挪用的主管负责人或者直接责任人借机中饱私囊或索取财物的，则应按贪污或者受贿罪论处。如果这种表现形式，给集体造成重大经济损失的（如造成大量公款无法追回的），可以按玩忽职守罪论处。

如果批准挪用公款负责人与实际挪用人有共同挪用公款的故意，或者批准人、挪用人与使用人相互勾结挪用公款，均应作为挪用公款罪的共犯论处。

（14）收款人未按时将收到货款交回单位是否构成挪用公款罪的认定

根据本法第 185 条、第 272 条和本条规定，认定此问题时，应注意以下方面：1、收款人是否具有国家工作人员身份。2、收款人所收回的货款是否属于公共财产。3、收款人是否将货款归个人使用，包括进行非法活动、进行营利活动或超过三个月未还。如果收款人未将货款归个人使用（进行非法活动、营利），且未超过三个月时，不应认定为犯罪；如果超过三个月，且收回的货款属于数额较大（即达 5 千元至 1 万元）时，则可以挪用公款罪论处。

（14）挪用公款共犯的认定

1、内部人员之间相互勾结的挪用公款中共犯的区分：（1）要从挪用公款共同犯罪故意的起因进行区分。即谁先提出挪用公款共同犯罪或拍板的，应认定其为主犯：其他积极响应、参与策划，提出补充意见或修改性意见的人员，应认定为从犯；其他在主观上没有挪用犯意，而是由于某种原因被迫接受挪用犯罪意图的，应认定为胁从犯。（2）要从是否组织、领导、指挥、策划挪用公款共同犯罪或在挪用公款共同犯罪中所起的作用上划分。即凡是在挪用公款共同犯罪中，组织、领导、指挥、策划挪用公款共同犯罪的，或在实施挪用公款共同犯罪的过程中，起主要作用的，就应认定为主犯；而在挪用公款共同犯罪中起次要或者辅助作用的，就认定为从犯；被迫参与挪用公款共同犯罪活动的，应认定为胁从犯。（3）要从获利、分赃情况上进行区分。即一般来说，分得赃款比较多，获利较大的应定为主犯：分得赃款较少、获利较小的，应定为从犯；分得赃款最少、获利最小的，应定为胁从犯。2、内部人员与外部人员勾结的挪用公款中共犯的区分（1）从挪用公款共同犯罪故意的起因上进行区分。即如内部人员勾结外部人员将挪用的公款交与外部人员使用从而获利的，应认定内部人员为主犯，外部人员为从犯；如外部人员提出共同犯罪的，就应看他们在具体实施犯罪中所起的作用，参考分赃、获利情况。（2）从是否组织、领导、指挥、策划挪用公款共同犯罪，或在挪用公款共同犯罪中起主要作用上区分。（3）根据获利、分赃的情况进行区分。其次，应当根据挪用公款共同犯罪中各共犯事前有无约定和是否分赃获利，对其应承担的数额分别加以认定。（1）在挪用公款共同作案之前，各共犯协商过获利后如何分赃的，按事先约定，按比例承担共同挪用数额，已经归还的，予以收缴按照事先约定分得的非法所得。未归还的，根据事前约定。各共犯按比例承担共同挪用公款的数额，并负责退还或退赔，收缴其非法所得。（2）在挪用公款共同作案之前，各共犯协商过获利后如何分配，而实际上没有获利的。在案发时，共同挪用的公款已经归还的，根据事先约定，按比例承担挪用公款的数额，并负责退还或退赔。（3）在挪用公款共同作案之前，各共犯没有协商获利后如何分赃，而在获利后已经分赃的。在案发时，共同挪用的公款已经归还的，按各共犯实际分得的非法所得，按比例承担，其非法所得予以没收。在案发时未归还的，根据各共犯实际分得的非法所得，按比例承担共同挪用的公款数额，并负责退还或退赔，没收其非法所得。（4）在挪用公款共同作案之前，各共犯没有协商获利后如何分配，而在获利后没有来得及分配，就被有关部门或政法机关查获控制的。按照主犯、从犯、胁从犯各自承担刑事责任的大小，依不同比例确定各共犯承担的数额。公款未受损失的，没收其非法所得，公款受到损失的则按比例退还或赔偿。（5）在挪用公款共同作案之前，各共犯没有协商获利后如何分配，事后也

没有获利的。按照主犯、从犯、胁从犯各自承担刑事责任的大小，依照不同比例确定各共犯承担的数额，案发时未归还的，按不同比例退还或退赔。

（16）挪用公款的数额计算

多次挪用公款不还，挪用公款数额累计计算；多次挪用公款，井以后次挪用的公款们还前次挪用的公款，挪用公款数额以案发时未还的实际数额认定。挪用公款数额巨大不退还的，是指挪用公款数额臣大，因客观原因在一审宣判前不能退还的。携带挪用的公款潜逃的，依照本法第 382 条、第 383 条的规定定罪处罚。因挪用公款索取、收受贿赂构成犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。挪用公款进行非法活动，构成其他犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。挪用公款给他人使用，使用人与挪用人共谋，指使或者参与策划取得挪用款的，以挪用公款罪的共犯定罪处罚。

（17）区分本罪与他罪的界限

1、挪用公款罪与挪用特定款物罪。(1)侵犯的具体客体对象不同。挪用公款罪侵犯的是公款的使用权，侵犯的对象主要是一般的公款，也包括其他的公物及特定款物；挪用特定款物罪侵犯的是国家财经管理中七种特定款物的专用制度，侵犯的对象限于特定款物。(2)客观方面表现不同。挪用公款罪表现为挪用公款归个人使用的行为；挪用特定款物罪表现为把特定款物挪作其他公用事项，并且情节严重，致使国家和人民群众利益遭受重大损失的行为。(3)犯罪主体不同。挪用公款罪的主体是国家工作人员；挪用特定款物罪的主体一般是国家工作人员，主要是掌握国家救灾、救济等款物的财会人员或有权调拨特定款物的人员，即直接责任人员。(4)主观方面不同。挪用公款罪的挪用是为了个人使用或者借给他人使用；挪用特定款物罪的挪用则是为了单位另行使用。

2、挪用公款罪与贪污罪的界限

两者在客观上都侵犯了公共财物的所有权；两者在客观上均是利用职务之便；主观上两者都是出于直接故意。但是，作为两种不同犯罪形式，两者又有如下区别：(1)对犯罪客体侵犯程度与犯罪对象的范围不同。前者只侵犯公共财物所有权中的占有、使用、收益三种权能，而后者侵犯了包括出有、使用、收益、处分权能的公共财产所有权的四种权能；就犯罪对象而言，前者为公款和特定公物，后者为公共财产。(2)犯罪的行为方式不同，前者是使用公款，后者是占有财物。(3)犯罪的目的不同。前者只是暂时使用，后者为永久占有。(4)犯罪的危害程度不同。挪用公款的数额并不等于对所有者造成的实际损失额，公款的本息要全部归还或追缴；而贪污数额就是对所有者的财产造成的实际损失数额。(5)构成犯罪的时限要求不同。前者挪用公款数额较大归个人进行非营利性的合法使用的，必须非法控制公款超过三个月未还才构成犯罪；而贪污罪只要非法占有了公物即构成犯罪。(6)在特定情况下的法律后果不同。如挪用公款未超过一万元归个人进行非营利性的合法使用时，超过三个月后在案发前全部归还本息的，可不认为犯罪；而贪污行为一经实施，即使在案发前全部退赃也不影响其犯罪的构成。(7)量刑程度不同。后者要比前者处罚重。

3、区分挪用资金罪与挪用公款罪的界限

挪用资金罪与挪用公款罪在客观行为表现和主观方面有相同之处。但两者的区别在于：(1)犯罪主体不同。前者是公司、企业或其他单位的工作人员；后者是依法从事公务的国家工作人员。对于国有公司、企业或其他单位的工作人员，或者国有单位委派到非国有单位依法从事公务的人员，利用职务上的便利，挪用本单位资金或者借贷给他人的行为，应按挪用公款罪论处。(2)犯罪客体不同。前者侵犯的客体，是公司、企业或其他单位的财务管理制度及财产所有权；后者侵犯的客体，是国家机关、企事业单位和人民团体以及接受委派的国家工作人员所在的非国有单位的财务管理制度和资金所有权。可见，前者所侵害客体的范围，比后者广。(3)犯罪的对象不同。前者的犯罪对象，是公司、企业所有公共财产属性的公款。它既包括资金、有价证券，也包括特定款物，后者既包括当然的公共财产，也包括拟定的公共财产以及接受委派的国家工作人员所在的非国有单位的资金。(4)刑罚不同。前者比后者刑罚轻。

4、区分挪用公款罪与玩忽职守罪的界限

两罪的区别在于，所挪用的公款是否经领导批准或同意。具体来说，(１)如果批准者与挪用者事先有共同挪用的故意或批准后参与共同使用公款的，应以挪用公款共同犯罪论处。(２)如果挪用人以迂回申请、隐瞒款项真实用途、导致大量公款不能收回造成重大损失的，对挪用者以挪用公款罪论处；对因被骗而批准或同意的领导或直接负责的主管人员，则以玩忽职守罪论处。

4.处罚

第３８４条规定，犯本罪的，处５年以下有期徒刑或者拘役;□情节严重的,处５年以上有期徒刑。挪用公款数额巨大不退还的，处１０年以上有期徒刑或者无期徒刑。挪用用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物归个人使用的，从重处罚。

根据最高人民法院发布的《关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》(l998年５月９日施行)的规定,对挪用公款案量刑时应注意以下问题:1、挪用公款归个人使用,包括挪用者本人使用或者给他人使用。挪用公款给私有公司、私有企业使用的，属于挪用公款归个人使用。2、挪用正在生息或者需要支付利息的公款归个人使用，数额较大，超过三个月但在案发前全部归还本金的，可以从轻处罚或者免除处罚。给国家、集体造成的利息损失应予追缴。挪用公款数额巨大，超过三个月，案发前全部归还的，可以酌情从轻处罚。3、挪用公款数额较大，归个人进行营利活动的，构成挪用公款罪，不受挪用时间和是否归还的限制。在案发前部分或者全部归还本息的，可以从轻处罚；情节轻微的，可以免除处罚。挪用公款存入银行、用于集资、购买股票、国债等，属于挪用公款进行营利活动。所获取的利息、收益等违法所得，应当追缴，但不计人挪用公款的数额。4、挪用公款归个人使用，进行赌博、走私等非法活动的，构成挪用公款罪，不受数额较大和挪用时间的限制。5、挪用公款归个人使用，数额较大、进行营利活动的，或者数额较大、超过三个月未还的，以挪用公款一万元至三万元为数额较大的起点，以挪用公款十五万元至二十万元为数额巨大的起点。挪用公款情节严重，是指挪用公款数额巨大，或者数额虽未达到巨大，但挪用公款手段恶劣；多次挪用公款；因挪用公款严重影响生产、经营，造成严重损失等情形。挪用公款归个人使用，进行非法活动的，以挪用公款五千元至一万元为追究刑事责任的数额起点。挪用公款五万元至十万元以上的，属于挪用公款归个人使用，进行非法活动，情节严重的情形之一。挪用公款归个人使用，进行非法活动，情节严重的其他情形，按照上述规定执行。各高级人民法院可以根据本地实际情况，按照上述规定的数抵幅度，确定本地区执行的具体数额标准。挪用救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物归个人使用的数额标准，参照挪用公款归个人使用进行非法活动的数额标准。6、缓刑问题。据最高人民法院关于对贪污、受贿、挪用公款犯罪分子依法正确适用缓刑的若干规定》(1996年６月26日)规定，对下列挪用公款犯罪分子可不适用缓刑:(１)犯罪行为使国家、集体和人民利益遭受重大损失的;(２)没有退赃，无悔改表现的;(３)犯罪动机、手段等情节恶劣，或将赃款用于走私、赌博等非法活动的;(４)属于共同犯罪中情节严重的主犯，或有数罪的;(５)曾因经济违法犯罪行为受过行政处分或刑事处罚的;(６)犯罪涉及的财物属于特定款物，情节严重的。

（三）受贿罪

1.定义

受贿罪，是指国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的行为。

2.特征

(１)主体是是特殊主体，即国家工作人员，另据本法第93条规定，国家工作人员包括当然的国家工作人员，即在国家机关中从事公务的人员；拟定的国家工作人员，即国有公司、企事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企事业单位委派到非国有公司、企事业单位、社会团体从事公务的人员，以及其他依照法律从事公务的人员。本条第２款是对国家工作人员在经济往来中违反国家规定收受各种名义的回扣、

手续费归个人所有的、以受贿论处的规定。这种发生在经济往来活动中的受贿，理论界称之为经济受贿。本款所称违反国家规定是指违反全国人大及其常委会制定的法律和决定，国务院制定的行政法规和行政措施、发布的决定和命令中关于在经济往来中禁止收受回扣和各种名义的手续费的规定。前者如《中华人民共和国反不正当竞争法》，后者如国务院办公厅 1986 年 6 月 5 日发出的《关于严禁在社会经济活动中牟取非法利益的通知》。其主要内容包括：在经济交往、商品交易中，如果需要给买方优惠，可以采取明示方式给对方价格折扣，不能采取回扣或者各种名义的手续费的方式，经营者给予对方折扣的，必须如实入帐。所谓折扣，即商品购销中的让利，是指经营者在销售商品时，以明示并如实入帐的方式给予对方的价格优惠，包括支付价款时对价款总额按一定比例予以退还的形式。所谓明示和入帐，是指根据合同约定的金额和支付方式，在依法设立的反映其生产经营活动或者行政事业经营收入的财务帐上按照财务会计制度规定明确如实记载。回扣是指经营者销售商品在帐外暗中以现金、实物或者其他方式退给对方单位或者个人的一定比例的商品价款。所谓帐外暗中，是指未在依法设立的反映其生产经营活动或者行政事业经费收支的财务帐上按照财物会计制度规定明确如实记载，包括不记入财务帐、转入其他财务帐或者做假帐等。在经济交往中，在帐外暗中给予对方单位或者个人回扣的，以行贿论；对方单位或者个人在暗中收受回扣的，以受贿论。手续费，是指在经济活动中，除回扣以外，违反国家规定支付给有关公务人员的各种名义的钱或物，如佣金、信息费、顾问费、劳务费、辛苦费、好处费。根据这些规定，收受回扣或者各种名义的手续费归个人所有的，应以受贿论处。

（ 2 ）客体是是复杂客体。其中主要客体是国家机关、国有公司、企事业单位、人民团体的正常管理活动，次要客体是国家工作人员职务行为的廉洁性。本罪的犯罪对象是财物。但不应狭隘地理解为现金、具体物品，而应看其是否含有财产或其他利益成分。这种利益既可以当即实现，也可以在将来实现。因此，作为受贿罪犯罪对象的财物，必须是具有物质性利益的，并以客观形态存在的一切财物。包括：货币、有价证券、商品等，另外，对受贿人而言，其所追逐的利益的着眼点，既可以是该财物的价值，也可以是该财物的使用价值。所以，受贿罪中的贿赂：财物，从一定意义上说，属于商品范畴。

（ 3 ）主观方面具有受贿的故意。只有行为人是出于故意所实施的受贿犯罪行为才构成受贿罪，过失行为不构成本罪。如果国家工作人员为他人谋利益，而无受贿意图，后者以酬谢名义将财物送至其家中，而前者并不知情，不能以受贿论处。在实践中，行为人往往以各种巧妙手法掩盖其真实的犯罪目的，因而必须深人地加以分析判断。如在实践中，有的国家工作人员利用职务上的便利，为他人谋利益，收受财物，只象征性地付少量现金，实际上是掩盖受贿行为的一种手段，对之应当以受贿论处。对于这种案件受贿金额的计算，应当以行贿人购买物品实际支付的金额扣除受贿人已付的现金额来计算。

（ 4 ）客观方面表现为行为人具有利用职务上的便利，向他人索取财物，或者收受他人财物并为他人谋取利益的行为。

利用职务之便是受贿罪客观方面的一个重要构成要件，利用职务之便可以分为以下两种情况：（ 1 ）利用职务上的便利。职权是指国家机关及其公职人员依法作出一定行为的资格，是权力的特殊表现形式。具体是指利用本人职务范围内的权力，也即利用本人在职务上直接处理某项事务的权利。利用职权为他人谋取利益而收受他人财物，是典型的受贿行为。在司法实践中，大量受贿罪是利用职权的便利条件构成的。例如，负责掌管物资调拨、分配、销售、采购的人，利用其调拨权、分配权、销售采购权，满足行贿人的愿望，而收受财物。（ 2 ）利用与职务有关的便利条件。利用与职务有关的便利，即不是直接利用职权，而是利用本人的职权或地位形成的便利条件，而本人从中向请托人索取或存非法收受财物的行为。实践中，利用第三者职务上的便利，主要有以下三种情况：一是亲属关系，二是私人关系，三是职务关系。至于前两种情况，利用的主要是血缘与感情的关系，与本人职务无关。对于单纯利用亲友关系，为请托人办事，从中收受财物的，不应以受贿论处。在第三种情况下，则与本人职务有一定关联。受贿人利用第三者的职务之便受贿，必须具备以下两个条件，其一，利用第三者的职务之便，必须以自已的职务为基础或者利用了与本人职务活动有紧密联系的身份便利。其二，是

受贿人从中周旋使他人获得利益。根据司法实践，利用与职务有关的便利条件，一般发生在职务上存在制约或者相互影响关系的场合。

从受贿罪的客观行为来看，有两种具体表现形式：(1)行为人利用职务上的便利，向他人索取财物。索贿是受贿人以公开或暗示的方法，主动向行贿人索取贿赂，有的甚至是公然以要挟的方式，迫使当事人行贿。鉴于索贿情况突出，主观恶性更严重，情节更恶劣，社会危害性相对于收受贿赂更为严重。因此，本法明确规定，索贿的从重处罚。因被勒索给予国家工作人员以财物，没有获得不正当利益的，不是行贿。索取他人财物的不论是否为他人谋取利益，均可构成受贿罪。(2)行为人利用职务上的便利，收受他人贿赂而为他人谋取利益的行为。收受贿赂，一般是行贿人以各种方式主动进行收买腐蚀，受贿人一般是被动接受他人财物或者是接受他人允诺给予财物，而为行贿人谋取利益。

传统观点认为，为他人谋取利益是受贿罪的客观要件，如果国家工作人员收受财物但事实上并没有为他人谋取利益的，则不成立受贿罪。同时认为，为他人谋取的利益是否已经实现，不影响受贿罪的成立。最高人民法院、最高人民检察院 1989 年《关于执行〈关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定〉若干问题酌解答》也指出：非法收受他人财物，同时具有'为他人谋取利益的，才能构成受贿罪。为他人谋取的利益是否正当，为他人谋取的利益是否实现，不影响受贿罪的成立。据此，为他人谋取利益，是指客观上有为他人谋取利益的行为，而不要求实际上使他人取得了利益。我们将这种观点称为旧客观说。旧客观说存在许多问题，如与受贿罪的本质不相符合，与认定受贿既遂的标准不相符合，与罪刑相适应原则不相符合，于是有人提出，为他人谋取利益不是客观要件，而是主观要件(主观要件说)。但这种观点对刑法规定进行了扭曲解释，也容易不当地缩小受贿罪的处罚范围。因此，我们认为，为他人谋取利益仍然是受贿罪的客观要件，其内容是许诺为他人谋取利益。国家工作人员在非法收受他人财物之前或者之后许诺为他人谋取利益，就在客观上形成了以权换利的约定，同时使人们产生以下认识：国家工作人员的职务行为是可以收买的，只要给予财物，就可以使国家工作人员为自己谋取各种利益。这本身就使职务行为的不可收买性受到了侵犯。这样理解，也符合刑法的规定：为他人谋取利益的许诺本身是一种行为，故符合刑法将其规定为客观要件的表述；为他人谋取利益只要求是一种许诺，不要求有谋取利益的实际行为与结果；为他人谋取利益只是一种许诺，故只要收受了财物就是受贿既遂，而不是待实际上为他人谋取利益之后才是既遂。

为他人谋取利益的许诺本身是一种行为。许诺既可以是明示的，也可以是暗示的。当他人主动行贿并提出为其谋取利益的要求后，国家工作人员虽没明确答复办理，但只要不予拒绝，就应当认为是一种暗示的许诺。许诺既可以直接对行贿人许诺，也可以通过第三者对行贿人许诺。许诺既可以是真实的，也可以是虚假的。虚假许诺，是指国家工作人员具有为他人谋取利益的职权或者职务条件，在他人有求于自己的职务行为时，并不打算为他人谋取利益，却又承诺为他人谋取利益。但虚假承诺构成受贿罪是有条件的：其一，一般只能在收受财物后作虚假承诺；其二，许诺的内容与国家工作人员的职务有关联；其二，因为许诺而在客观上形成了为他人谋取利益的约定。

受贿行为所索取、收受的是财物，该财物称为贿赂。贿赂的本质在于，它是与国家工作人员的职务有关的、作为不正当报酬的利益。贿赂与国家工作人员的职务具有关联性，职务是国家工作人员基于其地位应当作为公务处理的一切事务，其范围由法律、法令或职务的内容决定。职务行为既可能是作为，也可能是不作为。贿赂与职务行为的关联性，是指因为行为人具有某种职务，才可能向他人索取贿赂，他人才向其提供贿赂。不仅如此，贿赂还是作为职务行为的不正当报酬的利益，它与职务行为之间存在对价关系。即贿赂是对国家工作人员职务行为的不正当报酬。不正当报酬不要求国家工作人员的职务行为本身是不正当的，而是指国家工作人员实施职务行为时不应当索取或者收受利益却索取、收受了这种利益。贿赂还必须是一种能够满足人的某种需要的利益。

本法将贿赂的内容限定为财物，财物是指具有价值的可以管理的有体物、无体物以及财产性利益。能够转

移占有的有体物与无体物，属于财物自不待言，但财产性利益也应包括在内。因为财产性利益可以通过金钱估价，而且许多财产性利益的价值超出了一般物品的经济价值，没有理由将财产性利益排除在财物之外。受贿罪是以权换利的肮脏交易，将能够转移占有与使用的财产性利益解释为财物，完全符合受贿罪的本质。至于非财产性利益，则不属于财物。虽然从受贿罪的实质以及国外的刑法立法与司法实践上看，贿赂可能包括非物质性利益，但我国一贯实行惩办与宽大相结合的刑事政策，这就决定了要将受贿的认定控制在适当的范围内。将非财产性利益视为贿赂，则扩大了受贿罪的处罚范围。因此，在目前还不适宜将非财产性利益作为贿赂。

根据1939年9月16日最高人民检察院发布施行的《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定》(试行)的规定，涉嫌下列情形之一的，应予立案：1、个人受贿数额在5千元以上的；2、个人受贿数额不满5千元，但具有下列情形之一的：(1)因受贿行为而使国家或者社会利益遭受重大损失的；(2)故意刁难、要挟有关单位、个人，造成恶劣影响的；(3)强行索取财物的。

第385条第2款规定："国家工作人员在经济往来中，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，以受贿论处。"具有以下三个特点：①发生在经济往来中。这里的"经济往来"，是指国家经济管理活动以及国家工作人员直接参与到销售、购买商品或者提供、接受服务等交易活动中。如果不是发生在经济往来中，不能适用本条款。②违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费。国家工作人员基于其职务参与经济往来之中，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，必定利用职务上的便利，并且以为他人谋取利益为目的或者实际上已经为他人谋取了利益。但本条款的规定表示，国家工作人员是否利用职务之便及为他人谋取利益，不影响本条款的适用，控诉机关无需加以证明。国家工作人员在经济往来中，帐外暗中收取各种名义的回扣、手续费的，以受贿论。③将收受的回扣、手续费归个人所有。这里的"归个人所有"，是指个人帐外暗中据为己有。如果国家工作人员收受了回扣、手续费之后，入帐上交本单位，而没有归个人所有的，不构成犯罪。如果是单位在经济往来中，帐外暗中收受各种名义的回扣、手续费的，则属于单位受贿。

第388条规定："国家工作人员利用本人职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取请托人财物或者收受请托人财物的，以受贿论处。"有以下三个特点：①客观方面表现为行为人利用本人职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，而不是直接利用自己职务范围内的权力。实践中，行为人"利用本人职权或地位形成的便利条件"，表现为行为人利用自己的职权或者地位形成的对其他国家工作人员的制约关系，从而通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益。这种制约关系一般表现为上下级之间的领导与被领导关系即纵向的制约关系，或者表现为不同部门或者单位之间的国家工作人员之间在执行职务过程中所存在的横向的制约关系。②斡旋受贿行为构成犯罪，要求在行为人为请托人谋取不正当利益的情况下才能构成；而受贿罪基本构成只要求行为人为他人谋取利益即可构成，至于是正当利益还是不正当利益不影响犯罪的成立。③无论是索贿行为还是非法收受贿赂的行为，斡旋受贿构成犯罪的，均要求具有为请托人谋取不正当利益的要件。受贿罪的基本犯罪构成则不同，在受贿罪基本犯罪构成中，索贿行为无需具有为他人谋取利益或者谋取不正当利益的要件，即可构成犯罪；非法收受贿赂的行为要求必须具有为他人谋取利益(既包括不正当利益，也包括正当利益)的要件，才可能构成犯罪。

3.认定

(1)离(退)休国家工作人员受贿案件的认定

本法第388条规定：国家工作人员利用本人职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取请托人财物或者收受请托人财物的，以受贿论处。因此，这一规定包含了离(退)休国家工作人员可以成为受贿罪主体的内容。理由是：一是地位的形成，通常是职权孕育的结果，两者互相依存；二是地位形成，往往与行为人拥有职权时间的长短、高低成正比；三是在一般情况下，职位的丧失并不直接影响行为人地位便利条件的消失。所以说，当国家工作人员离(退)休后，虽职权丧失了，但因原有职权而形成的地位便利条件，不会即刻消失。这就为该类人员变成受贿罪主体提供了可能的条件。

司法实践中处理此类案件时，要严格把握、注意以下问题：1、已离、退休的国家工作人员，只有利用本人原有职权或地位形成的便利，通过在职的国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取利益，而本人从中向请托人索取或非法向请托人索取或非法收受财物的行为，才能以受贿罪论处。因此，已离（退）休国家工作人员构成受贿罪的受贿行为，必须符合下列条件：（1）利用了本人原有职权或地位形成的便利条件。（2）这种便利条件，必须是通过在职的国家工作人员具体完成的。这种便利条件与在职的国家工作人员的便利条件，是相互包容的、依存的。（3）为请托人谋取利益。至于该利益是正当的，还是不正当的，以及是否真正谋取到了利益，均不影响受贿行为的成立。（4）本人从中向请托人索取或非法收受财物。其中，所索取或非法收受财物的价值或使用价值，必须达到 5 千元起点。至于本人从中索取或非法收受到的财物，是否真正归本人所有了，并不影响受贿行为的成立。2、为请托人谋取利益如系行为人不违背原职务的行为，则不论何种原因受贿未遂，均不宜追究离（退）休人员的受贿责任；为请托人谋取利益如系行为人违背原职务之行为，则不论何种原因受贿未遂，也应追究离（退）休人员的受贿责任。3、请托人给予行为人的贿赂，应当是离（退）休人员所要求互相约定的财物。如有不同，行为人收受后，或请托人未按约定的期限给付行为人贿赂的，均不影响受贿罪的成立。4、行为人在职期间为请托人谋取利益，但未向请托人要求或约定贿赂，而请托人在行为人离（退）休后出于感谢给予财物的，一般该离（退）休人员不构成受贿罪。但是，如果行为人违背原职务为请托人谋取利益，且明知请托人是因此而给予数额较大财物的，则不因为行为人的离、退休，而影响其构成受贿罪。5、对于离、退休人员被重新聘用，并依法从事公务中而为的受贿行为，应按受贿罪论处。6、对于在职时受贿，而离职后为请托人谋利，或者在职时为请托人谋利，而离职后索取、接受财物的，应按受贿罪论处。

（2）国家工作人员任职前受贿条件的认定

根据本法第 16i3 条、本条、第 386 条和第 388 条规定，受贿罪的主体必须是国家工作人员。因此，对于国家工作人员取得国家工作人员身份或取得现有职权之前而为的受贿行为，要严格把握。具体来说：1、要严格把握任职前与任职后的界限。即要以行为人受聘用、委托或被任命之日起为标准区分。即行为人受聘用、委托或被任命之日以前而为的受贿行为，属于任职前的受贿行为；而行为人受聘用、委托或被任命之日（包括当日）以后而为的受贿行为，属于任职后的受贿行为。2、是否依法追究行为人任职前而为的受贿行为，要严格把握，区别对待。关键是看受贿行为与行为人任职之间是否存在内在的联系。如果存在，则应认定为受贿罪；如果不存在，则不宜按受贿罪论处。具体来说：（1）行为人与请托人之间有许诺，但行为人收受贿赂后，在任职后并没有履行职前许诺的，则不构成受贿罪，但可以构成敲诈勒索罪或诈骗罪；但是，如果行为人收受贿赂后，在任职后履行了职前许诺即为请托人谋取其欲谋取的利益，则应以受贿罪论处。（2）行为人与请托人之间有了承诺，但当行为人任职后没有按照职前承诺的内容为请托人谋取其欲谋取的利益，而为请托人谋取了其他利益的，则不影响行为人受贿罪的成立。（3）行为人与请托人之间的承诺，行为人任职后应主动履行承诺，但因客观原因未能使为请托人谋取的利益实现的，亦不影响行为人受贿罪的成立。

（3）国家工作人员亲属受贿案件的认定

根据本法第 163 条、本条、第 386 条和第 388 条规定，受贿罪的主体只能是国家工作人员。但是，在特殊情况下，国家工作人员的亲属，可以成为受贿罪的共犯，而无论该亲属本身是否具有国家工作人员身份。

在认定此类案件时，应注意以下问题：1、国家工作人员亲属受贿案件包括三种情形：（1）共同故意受贿。即国家工作人员利用职务之便为他人谋取利益时，自己不索取或非法收受贿赂但明知其亲属会从中索取、收受贿赂的行为。它又可分为：直接故意的共同受贿。即国家工作人员利用职务之便为他人谋取利益时，自己不直接索取或收受贿赂，但希望其亲属从中索取收受贿赂的行为。间接故意的共同受贿。即国家工作人员利用职务之便为他人谋取利益时，自己不直接索取或收受贿赂，但却放任或默认其亲属从中收受、索取贿赂的行为。（2）过失受贿。即国家工作人员利用职务之便为他人谋取利益，本人没有索取、收受贿赂，但对自己的行为可能导致其亲属从中索取、收受贿赂的结果，应当预见没有预见或轻信可以避免，但最终结果是其亲属客观上实施了

索取、收受贿赂的行为。(3)亲属利用国家工作人员的地位和影响，直接为他人谋取利益而受贿。2、要针对国家工作人员亲属受贿案件的不同类型，具体分析、认定。(1)就共同受贿而言，应注意以下问题：首先，要认定国家工作人员与其亲属之间是否具有共同受财的故意。如果有，则认定为共同受贿行为，如果没有，则不宜认定为共同故意犯罪。具体来说：从利用职权者作案的连续性上看，国家工作人员与其亲属收受贿赂连续作案多起，就不应只看他直接收受了多少，知道亲属收了哪一宗、哪一件，而应从他与其亲属连续多次共同实施的受贿行为中，来确定他主观上具有受贿的故意。这不仅表现了各共同犯罪人的犯罪行为在横向上的联系，而且反映了其犯罪行为在比例上的连贯性，即以犯罪的连续为其特征。在处理这类连续受贿的共犯案件时，只查明前面的一次或几次为利用职权者明知，就应认为被告主观上具有共同犯罪的故意；至于亲属多次收受同一行贿人的财物，其中一些未有证据证明利用职权者知道的，亦应视为是利用职权者对亲属收受贿赂的默许，并作为共同受贿犯罪事实的组成部分予以认定。从利用职权者为行贿人谋取利益的态度后变化看，有的利用职权者受贿前对行贿人的要求，态度是冷淡的，既不拒绝也不承诺，往往使行贿的一方感到有利叮图而下赌注。利用职权者则在本人或亲属收受了贿赂之后。变消极为积极，四处活动，甚至挺而走险，采取非法手段，千方百计地满足行贿人的要求。对此，我们就不能单纯凭利用职权者不知内情的自我表白和其亲属¨未曾告知的供词，否定利用职权者存在受贿的主观故意，而应当根据利用职权者态度的前后变化及其行为表现，结合其它证据进行分析，予以认定。从利用职权者对待亲属收受他人贿赂的态度看，国家工作人员主观上有贪图财物的共同故意，在行动上就往往表现为：或者是赤裸裸的怂恿，或者是心照不宣的默许。其中尤以后一种情况最为常见。如有见到行贿人送货上门时有意回避，让其亲属收受，过后佯充不知：有的口头说要付物款，实则不了了之；有的虽对亲属批评几句，但实际却照样批条子，共享贿赂物等等。对此也应视为受贿故意的客观表现形式。从利用职权者对亲属所收受的财物享用情况看，一般地说，如果共同生活，家庭经济没分开，收受的财物又纳人家庭所有或家庭消费的范围，那么，利用职权者作为家庭主要成员就应当是知道的。当然，还必须具体分析，区别对待。如果亲属收受的贿赂是实物，应视为利用职权者有受贿的故意；如果亲属收受的贿赂是金钱，且数额较大，同时，又加以花费了的，必定使家庭生活和家庭消费发生明显变化，利用职权者对此应有所察觉，并知道其原因；如果亲属收受贿赂是偶尔的一宗，且贿赂物又是贵重的细小的物品，收受之后又直接收藏而未使用过，且没有其它证据证明利用职权者是明知的，则只能由收受的亲属负责。要是片面地强调利用职权者必须对亲属收受的每一宗、每一件都一清二楚，才能认定其主观上有犯罪故意，或者片面地强调利用职权者知道亲属收受多少，就认定多少，那就会忽视这一类案件的特点，就会割裂共同受贿的整体，造成利用职权者逃脱法律惩罚的严墩后果。因为这类案件的显著特点，就是利用职权者并不一定出面收受贿赂，而大部分是由其亲属收受，以掩盖本身受贿而采取的犯罪形式。在司法实践中，利用职权者为了逃避罪责，往往诡称不知，而将责任推到亲属身上；收受贿赂的亲属为了使利用职权者免受法律追究，往往谎称没有告诉，而把责任包起来。因此，单纯依靠亲属供认告诉与没告诉，利用职权者供认知与不知，来认定其是否存在共同故意，这是不现实的。而且，采取谁收受谁负责的做法，就会割断利用职权者为他人谋取利益的行为与其亲属受贿的行为之间的联系，利用职权者必然会在枉法没贪赃，亲属会花贪赃没枉法的掩护下逃脱法网，不利于打击此类犯罪。其次，关于此类案件的刑事责任问题，应将在受贿共犯中把利用职权的国家工作人员认定为主犯，而将经手接受贿赂的亲属认定为从犯，是恰当的。其理由是：认定利用职权者是共同受贿案件中的主犯，这是由受贿罪侵犯客体的性质决定的。共同受贿人的犯罪活动是和利用职权一方的职务联系在一起的。行贿人所以行贿，是因为利用职权者担任某种职务或掌握某种权力，能够为行贿人谋取某种利益；受贿人所以受贿，是因为利用职权者满足了行贿人的某种要求而得到了报偿。实质上，就是受贿人(利用职权者力与行贿人以权换利的肮脏的交易。从另一角度看，也正是利用职权者以本身拥有职务这种特殊的身份进行犯罪，才妨害国家机关的正常活动，降低国家机关的威信，甚至有时还直接或间接使国家和集体蒙受重大损失。可见，由于侵犯客体的特定性，决定了利用职权者在由此造成的社会危害结果中起主要作用。利用职权者为他人谋取利益，是其亲属实施索贿和受贿的先决条

件。虽然亲属收受贿赂在共同犯罪中起了一定的作用，是构成受贿罪不可缺少的行为之一，但这是与利用职权者为他人谋利益的决定作用分不开的。这是由犯罪人的犯意的危险性决定的。利用职权者作为国家工作人员，本应廉洁奉公、勤勤恳恳为人民服务，但他却以执行职务为名义实施犯罪，从中谋取私利，同时，明知自己的行为及亲属的行为会产生妨害国家机关正常活动这一危害社会的结果，但仍然明知故犯。可见，其犯意的危险比参与受贿的亲属大。一般说来，他的犯意的产生和是否犯罪的选择往往在共同犯罪中起到关键作用，因此，按共犯中的主犯追究刑事责任，是完全应该的。(2)就过失受贿而言，过失受贿的构成有主客观两方面的理论依据。从客观行为看，国家工作人员与其亲属的行为互相联系，不可分割，构成了犯罪行为的整体。从主观方面看，国家工作人员为他人谋取非法利益时，对危害结果的发生已经预见，或者应当预见，应当负过失犯罪的刑事责任。构成过失受贿是要受一定条件限制的。其一，国家工作人员为行贿人谋取的是非法利益；其二，国家工作人员对其亲属索取、收受财物的行为至少是应当预见；其三，亲属索取、收受的财物数额较大，给国家造成严重的经济损失；或者受贿数额虽小，但给国家造成恶劣的政治影响。只有同时符合上述三个条件的，才可以构成过失受贿。(3)就亲属利用国家工作人员的地位和影响，为他人谋利并直接索取、收受贿赂的案件而言，由于该国家工作人员本人并未实施利用职务之便为他人谋取利益，并从中索取、收受贿赂的行为，无论其主观上是否知道其亲属收受、索取贿赂事实，均不应以受贿罪对其定罪量刑。综上所述，对于国家工作人员亲属受贿条件，只要该国家工作人员利用职务之便实施了为他人谋取利益的行为，就有成为受贿罪共犯的可能。

(4)科技人员受贿案件的认定

所谓科技人员受贿案件，是指科技人员在科研活动中，索取或非法收受他人财物的行为。

根据本法第 I63 条、本条、第 386 条和第 388 条以及最高人民法院、最高人民检察院《关于执行〈：惩治贪污罪贿赂罪的补充规定〉》(I989 年 IT 月 6 日)和最高人民检察院、国家科学技术委员会《关于在科技活动中经济犯罪案件的意见》(I994 年 6 月 I7 日的规定，司法实践中，在认定科技人员受贿案件时，应注意以下问题：1、从技术活动的性质来认定科技人员是否具备国家工作人员身份。科技人员参与经济建设，从事技术咨询、技术开发、技术转让、技术服务、技术承包等技术活动，从性质看，不外两种：一种是承担本单位的技术合同任务，执行本岗位职责所进行的，这是一种受委托进行的公务活动；一种是在国家法律和政策允许的前提下，科技人员业余从事的第二职业，它不是公务活动。因此，凡依法受公共组织委托从事具有公务性质的科技活动，以及在科技活动中具有行政、管理职责的科技人员才可成为受贿罪主体。凡从事不具公务性质的科技活动或业余兼职从事科技活动的科技人员则不能构成贿赂犯罪的主体。2、正确认定科技人员受贿行为的类型。从一定意义上说，科技人员只有接受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体的委托之后，才具有国家工作人员身份。因此，其利用职务之便为他人谋取利益，索取、非法收受他人财物的贿赂行为，主要包括以下情形：一是科技人员利用关键技术向对方索要财物应如何看待。科技人员根据本单位的指派、委托从事技术活动，他就有义务根据合同的规定提供技术咨询、技术服务，答疑解惑，尽职尽责。科技人员违背其所承担的职责，利用手中关键技术，刁难对方，索、拿、卡、要，对其中索要财物数额较大、情节严重的，应以受贿沦。二是科技人员在技术咨询等活动中，提供了合同约定以外的技术服务或劳务，收取相应报酬，如何处理。技术也是商品，根据商品经济等价交换的原则，只要提供了技术或劳务，就应获得相应的报酬。由于技术合同本身的局限性，经济生活的千变万化，执行合同过程中可能出现合同约定以外的需要解决的技术问题，或者在执行合同中，双方合作很好，对方单位请科技人员解决其科技生产活动中其他技术问题。因此，只要科技人员提供的额外技术服务不严重侵犯其所在单位技术利益或违反国家保密法规，对其所得收入应予肯定。但是，如果科技人员利用职务之便索取或收受合理报酬之外的利益时，就有构成受贿罪的可能。三是科技人员的技术活动为对方单位经济发展作出了重大贡献，对方单位出于感激或长期合作的愿望，以奖金等名义在合同约定之外给予科技人员一定数量财物，是否应以犯罪论。对科技人员在经济发展、改革开放中做出重大贡献，没有利用职务便利或关键技术索要财物，而是被动地收受对方主动给予的财物，对此，单位有规定的，可按单位规定处理；单位没有

规定的，可本着公平合理的原则，兼顾集体与个人的利益，妥善处理，但不应以犯罪论处，丙此，只要科技人员提供的额外技术服务不严重侵犯其所在单位技术利益或违反出家保密法规，对其所得收人而予肯定。但是，如果科技人员利用职务之便索取或收受合理报酬之外的利益时，就有构成受贿罪的可能。3、正确认定科技人员的受贿行为，是否是在利用职务之便的条件下完成的，"利用职务上的便利"是指利用本人职务范围内的权力或者虽然不是直接利用本人职务范围内的权力，但利用了本人的职权或地位形成的便利条件。具体讲，利用职务上的便利包括直接利用本人主管、经管、负责某项工作的便利，这种权力既可以是领导权、指挥权、也可以是经办权；间接利用本人职务上的便利，即利用能够影响、制约、控制其他国家工作人员职务上的便利，利用工作上的便利与利用职务上的便利是两个既有区别又有联系的概念，前者的外延要比后者广，后者包含于前者中。对单纯利用职务便利之外的工作关系为他人谋取利益，从而索取、收受财物的，因不符合受贿罪的构成要件，不能以受贿论。严格区分是利用职务上的便利还是利用工作便利，对司法实践中科技人员行为的性质认定有至关重要的现实意义，如果科技人员在经济往来中，利用职务上的便利，与他人勾结，以次充好、以假充真、以少报多、以多报少、抬高或降低物资价格、提高工程造价、降低工程质量等手段为他人谋取利益，使国家或集体利益受到损失，而以酬谢费、服务费、顾问费等名义索取、收受财物的，均应以受贿论处。科技人员如果不是利用职务上的便利，而是利用其在科研、生产过程形成的社会关系，为他人推销产品、购买物资、联系业务，索取、收受财物的，不应以受贿论。违反其他法律规定的，可按有关规定处理。科技人员在技术咨询、技术服务等活动中，因有权为对方单位选定施工单位，为工程项目定价、产品定级，从而个人有利用职务上的便利为他人谋取利益的可能性，同时又确实为有关当事人提供了技术咨询、技术服务。对科技人员在上述活动中索取、收受了一定财物的，由于技术咨询与利用职务上的便利交织在一起，往往难以区分罪与非罪。对此应实事求是，具体案件具体分析。如果明显是利用提供工作承包、加大工程造价等便利和手段为他人谋取利益，从而索取、收受财物的，应以受贿论。如工程设计人员为甲方设计桥梁，受甲方委托选定乙方为施工单位，并与乙方签订技术咨询合同，收取咨询费；同时，他又向乙索要工程转让费。该工程技术人员根据合同向乙方收取咨询费，无可非议；但向乙方索要工程转让费，则应以受贿论。对既有技术咨询费成份，又难以排除不是利用职务上的便利索取、收受贿赂的，一般不应以受贿论。如在上例中，若该工程设计人员是在无义务为乙方提供技术咨询的情况下问乙方提供了技术咨询，同时，又是利用职权把工程交给乙方承建，那么该工程设计人员向乙方索要财物就很难说是索取贿赂。当然，如果收受财物的价值数额巨大，与所提供的技术服务的一般收费标准明显不相称，就考虑有受贿的可能。4、对既有行政职务上又具有技术职称的人员，如果根本没有或无能力为他人提供技术服务的，却在履行行政职务时，以提供技术劳务为名，索取对方财物或收取对方财物为其谋利的，应以受贿罪论处。5、正确认定业余兼职的含义及科技人员在业余兼职中收取报酬与受贿犯罪的界限。首先应从兼职科技人员能否成为受贿罪主体问题，即兼职人员的主体资格进行识别和考察：（1）兼职科技人员职务是否通过协议形式合法取得。只有通过下列三种形式取得的职务才能符合主体资格：主管部门或本单位的任命或委派；受兼职单位的聘用；单位与单位之间协议委派或委托。只有通过合法形式取得的职务，兼职科技人员才能具备受贿罪主体资格。（2）兼职科技人员是否是受委托从事公务人员。依照法律从事公务或者受委托从事公务人员，不论原来身份如何，一旦受委托，便在被委托范围内与委托人有同等的法律地位。委托应符合以下条件：委托者必须具备委托的资格和权限；委托的内容是从事公务性的活动，必须符合法律政策的规定；委托必须符合法定程序，可以是书面的，也可以是口头的。兼职科技人员具备上述条件，才能认定为受委托从事公务人员，成为受贿罪主体。（3）兼职科技人员是否具备职务身份。兼职科技人员成为受贿罪主体还应当从利用职务上的便利的职务身份进行考察分析。兼职科技人员在兼职活动中的职务身份有三种情况：一是在原单位担任的职务身份；二是兼职单位的职务身份；三是在兼职单位从事一般脑力劳动的无职务身份。前两种情况是受委托从事公务人员，职务身份明确。第三种情况应视为是在某单位从事一般公务的人员，因为在科技活动中，科技人员往往临时性或单一性为某单位提供与职务无关的科技咨询或科技项目攻关等有偿服务，尽管这种服务也属受委托，

实质上是一种商品交换性质的关系，是职务之外的劳动，与其职务身份无关，也不属于从事公务，只是一种劳务关系。因此，兼职科技人员不具备职务身份的，不能成为受贿罪主体。另外，兼职科技人员职务身份即使符合受贿罪主体资格，在确定罪与非罪时，还要严格区分是利用职务技术成果还是非职务技术成果，不能一概定罪。6、在对科技人员受贿罪进行处罚时，应注意以下问题：严格依法办案。对科技人员的犯罪，在适用法律上不应有自治权、空白区，更不能搞“网开一面”，要切实贯彻法律面前人人平等这一宪法原则和刑法原则。既要坚决打击，又要慎重稳妥，在查处科技人员收受贿赂犯罪案件时，务必坚持慎重稳妥的原则，出于形势的变化，对于法律规定不明确的，要充分调查研究，善于运用国家政策来指导执法。罪与非罪一时难以分清的，不急于用刑事法律去调整。对于那些贿赂案案发后制造所谓技术服务、技术咨询、提供信息的，决不能姑息迁就，查清真相后要依法惩处。追求打击与服务双重效果的统一。一方面要依法办案，不留“真空”，另一方面也要结合办案帮助有关部门健全预防此类犯罪的机制，为科技人员投人市场经济大潮贡献才智提供一个良好的法制环境，把打击与服务溶为一体。

（5）律师从业人员受贿案件的认定

根据本法第 163 条、本条、第 387 条和第 387 条规定，受贿罪的主体是国家工作人员，依据《中华人民共和国律师法》（l996 年 5 月 15 日）第 2 条规比，律师是指依法取得律师执此证书，为社会提供法律服务的执业人员，因此，一般情况下，律师不能单独成为受贿罪的主体，只可以成为受贿罪共犯。但是，《律师法》第 l6 条规定：国家出资设立的律师事务所，依法自立开展律师业务，以该律师事务所的全部资产对其债务承担责任。同时，本法第 163 条也进一步规定：国有公司、企业中从事公务的人员和国有公司、企业委派到非国有公司、企业从事公务的人员有前两款行为的，依照本法第 385 条、第 386 条的规定定罪处罚。因此，下列律师从业人员利用职务之便，为他人谋取利益，索取、非法收受他人财物的行为，（如果收受、索取向财物价值或使用价值达到 5 千元，或者未达到 5 千元，情节严重时）应按受贿罪定罪量刑：（1）国家出资设立的律师事务所中的工作人员；（2）上述律师事务所委派到其他单位依法从事执业活动的律师；（3）担任国家机关、国有公司、企事业单位、人民团体法律顾问的律师；（4）受国家机关、国有公同、企事业单位委托依法从事公多的律师。除上述律师从业人员之外的执业律师，如果在执业过程中利用职务之便，索取、收受当事人财物的，如违犯其他法律规矩，依相关规定处罚。

（6）有价证券受贿案件的认定

所谓有价证券受贿案件，是指行为人利用职务上的便利，索取、非法收受他人有价证券，为他人谋取利益的行为。根据本条规定，受贿罪的犯罪对象是财物。因此，作为财物表现形式的有价证券，可以成为受贿罪的犯罪对象。所谓有价证券，是指券值所表现的财产权利必须实际持有其券才得以实现的书面凭证。包括：汇票、支票、本票、国库券、金融债券、企业债券、股票、提单、仓单等。

根据本法第 163 条、本条、第 386 条和第 387 条规定，司法实践中，在认定有价证券受贿案件时，应注意以下问题：1、有价证券本身必须符合国家法律规定，而不是违法发行或已丧失价值的有价证券，也不是伪造的有价证券。2、有价证券被受贿人实际取得后，即为受贿罪既遂。而无论其日后是否能够实际占有财产利益，都不影响受贿罪的成立。3、有价证券本身价值的计算，可以参照最高人民法院、最高人民检察院《关于处理盗窃案件具体应用法律的若干问题的解释》（1992 年 12 月 II 日）精神计算：（1）不记名、不挂失的有价证券，不论能否随即兑现，均按票面数额和案发时应得的利息、奖金或奖品等一并计算。股票应按照受贿当日证券交易所公布的该种股票成交的平均价格计算。（2）记名的有价证券，如果是票面价已定并能随即兑现的，应按票面数额（有利息的应包括案发时应得的利息）或可提货物的价值计算。如果票面价值未定的，但能随即兑现的，则以实际兑现的财物价值计算。（3）不能随即兑现的记名有价证券或将能随即兑现的有价证券销毁或丢弃，而所有人（行贿人）可以通过挂失、补领、补办手续等方法避免实际损失的，不按票面数额计算，可作为量刑考虑的情节。

（7）股票受贿案件的认定

股票也是一种有价证券。司法实践中，要正确处理股票受贿案件，有两个法律问题需要明确加以解决。其一，是股票能否成为贿赂的内容，国家工作人员利用职务之便收受股票的，能否认定为受贿性质：其二，是如果股票可以成为贿赂的内容，那么，对收受股票的行为，又该如何认定其犯罪数额。股票是股份公司发给股东的对公司财产拥有所有权的凭证，是股东籍以取得股利的一种特殊的有价证券。它主要有三个特征：其一，股票自身没有价值，它仅仅是股东籍以取得财产所有权、领取股利的一种凭证；其二，股票有一定的价格，它可以在规定的场所通过买卖或者转让，给股票持有人带来财产收入；其三，股票持有人的股金投人是不可赎回的，它有别于一般的有价证券。根据股票的性质和特征，股票可以成为贿赂的内容，国家工作人员利用职务之便收受股票的，应认定为受贿，其理由是：(1）我国法律一直将股票作为财产纳人刑法保护范畴。(2）股票是一种财产性的利益，它可以派生出财物或者金钱，可以金钱来计算价值。虽然股票本身没有价值，但是，股票的所有者可以凭此在规定的场所转让，它可以体现出一定的价值形态，给股票的合法持有者带来定期的收益，增加其财产。(3）国家工作人员利用职务之便收受股票，可以为其增加财产收入，与其直接收受财物无本质的区别。数额较大的，应以受贿罪论处。国家工作人员利用职务之便，非法收受股票，从表面上看，行为人似乎有风险投资的一面，且呈现不确定的价值形态。但是，从另一方面讲，行为人没有股金投人而凭此获取财物，这是客观事实。

司法实践中，怎样认定股票受贿案件，根据本法第 I86 条、本条、第 386 条和第 388 条规定，应把握以下问题：1、该股票必须是依照国家有关法律、法规规定发行的，而非伪造、变造的股票；2、行为人收受该股票后，无论该股票价格是否涨跌，均不影响受贿罪的构成。3、正确认定股票的数额，即股票的价值数额。可参照最高人民法院、最高人民检察院《关于办理盗窃案件中具体应用法律的若千问题的解释》(I992 年 I2 月 II 日）精神计算：(I）对收受尚未批准上市交易的股票的，原则上按股票的票面价值认定。如已另外分得股利的，还应同股票票面价值一并计算，如果行为人收受股票后转让的，应按行为人的转让价认定。(2）对收受已经批准上市交易股票尚未转让的，原则上其收受股票当日所公布的该种股票成交的收盘价格认定。如行为人收受股票后，取得股息和红利的，还应一并计算；如行为人收受股票后通过证券交易所转让的，应按其实际转让价认定。4、无效发行导致受贿股票的失价性对犯罪认定的影响。《公司法》第 139 条规定：股东大会作出发行新股的决议后，董事会必须向国务院授权的部门或者省级人比政府申请批准。属于向社会公开募集的，须经国务院证券管理部门批准。由此可知，已经发行在外的股票随即失去其存在的意义，同时失去其价值。这种无价性对股票的持有人会造成何种影响呢？（1）股票失价与善意持有人的债权取得。善意持有人是指因不了解发行真相而购买了无效的发行的股票的所有人（持有人）。由于擅自发行的行为使股票记载的权利落空。股权的丧失这一法律事实既导致了股票发行关系的终止，同时也导致了支付了对价的善意持有人与股票发行者之间债权债务关系的发生，即擅自拔行股票的行为对善意持有人手中的股票性质此时也发生了变化：由股权凭证变为债权凭证，债权人可以据此向债务人请求返还股金并赔偿损失。至于受贿人，由于在获得股票之时并未付出对价，擅自发行的无效行为对其并未构成侵权或造成损失，另外，侵权行为之债的不可转让性，使得受贿人虽然因最初的继受取得占有了股票，却因为不是直接被侵权人而不能当然获得债权救济。(2）对象不能犯的几种情况，刑法规定已着手实行犯罪，由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞，是犯罪未遂，擅自发行股票而导致股票失价使受贿人获取钱财的目的落空，这种现象被刑法理论称之为对象不能犯，(1）受贿人在为他人谋取利益之前索要和收受股票的，因双方互有期约，受贿人按此完成了谋取利益行为，应当定为受贿罪（未遂）。但是，当受贿人在收取贿赂后、为行贿人谋取利益前，知悉了股票发行真相，未给行贿人谋取利益或按正常方式办理事情（未枉法），定受贿罪（未遂）显然不妥。我们认为，鉴于受贿人在犯罪活动开始后，主动停止了犯罪，尽管主观上的动机是产生于对财物追求目的落空，但毕竟未产生任何犯罪结果，对此定为犯罪中止是适宜的。(2）在为行贿人谋取利益后收受股票，则不能简单地一律按受贿罪（未遂）对待。凡为他人谋取了利益而索要股票为他人谋取非

法利益而事后收受股票的，应按犯罪未遂对待。因为这两种行为所表现出的目的性非常明确。前者以办成事为获取股票的理由；后者为他人谋取非法利益的主要目的除受贿之外别无其他解释。职务范围内为他人谋取正当利益而于事后被动收受股票，不应按受贿定罪。因为，行为人在收受股票前已经完成为他人谋利益的行为，属于正当的职务行为；事后收受在行为人主观上属于间接故意，即对股票所代表的预期收益权的追求近乎于放任状态；股票失价性，使收受财物不能实现，而此种情形发生在行为人主观放任范围内，故不应接受贿罪处理。当然，这不等于承认行为人收受股票的行为具有合法性，可以比照相近的情况，按照国务院发布的《国家行政机关及其工作人员在国内公务活动中不得赠送和接受礼品的决定》中的有关规定处理。需要指出的是，对特定行为人，如国家证券主管机关和权力及于证券领域的国家工作人员，不论何种情况或何种原因收受擅自发行的无效股票均应接受贿罪论处。（3）关于无效发行的事实对于公众补偿的问题。擅自发行股票行为的暴露常以贿赂犯罪的揭露和处理为开端。司法机关办案人员常从保护公众利益的角度，不承认擅自发行为无效发行，进而对股票价值作虚拟的维持，与之相联系，对被告人定罪量刑就难以明确。我们认为，擅自发行的股票在其无效性被确定后，公众持股者丧失股权转而得到的是债权。从另一方面讲，发行人即募集人对其发行时的股票价值负有担保义务，发行人对其发行股票的价值同时丧失抗辩权。因此，对擅自发行股票作无效认定，并不因此而损害社会公众利益，相反能促进已经变化的法律关系恢复到正常关系中来，确保股民获得及时的救济，同时对于正确处罚犯罪亦有积极意义。5、正确认识转让方式对犯罪认定的影响以股票为内容的贿赂犯罪中，通常由行贿人将一定数额的股票交付受贿人并由受贿人收受。如此完成的贿赂，实际上是股票转让的过程。股票转让因记名股票与无记名股票的区别，分为交付转让和背书转让，交付转让即无记名股票可视为种类物，其转让仅需将股票交付相对人，即产生法律效力；背书转让即股票持有人将转让的意思表示记载于证券背而的转让行为。我国《公同法》第 145 条规定：记名股票，由股东以背书方式或者法律、行政法规规定的其他方式转让。记名股票的转让，由公司将受让人的姓名或若名称及住所记载于股东名册。由此可以看出，在股份转让问题上根据物权变动原理，实行公示和公信原则，将无记名股票作动产对待，以交付行为作为公示方式，以交付（占有）的事实表现出公信力；将记名股票作不动产对待，以登记作为公示方法，并由此取得登记公信力，按照物权变动之公示公信原则，即便股权事实上已经变动，但未实行公示的形式，仍然不发生所有权变动的效力；反之，如果形式已经履行变动手续，但事实上并未变动，仍然发生变动的效力，一般情况下，行贿人出于谋取非法利益的目的，将无记名股票付给受贿人，且该股票具有其票面权利的经济价值，即完成行贿行为，与此同时，其相对人若给予了某种利益，则构成受贿罪。但是，如果以记名股票行贿，通常要将受让人姓名或名称记载于股东名册。这里就出现两种情况，第一种情况是受贿人收受股票后，行贿人并未办理相应登记。原因有两个，一是受贿人对是否最终收取股票持犹豫态度，比如，看看是否别的人也收了，等等。如果没有形成实际的收受，不应定为受贿，可以照国务院发布的《国家行政机关及其工作人员在国内公务活动中不得赠送和接受礼品的决定》第 3 条第 5 项以其他形式和名义收受礼券办理，与礼券性质相似。二是受贿人的原因而未办理登记。如果受贿人与行贿人互有期约或受贿人索贿的应构成受贿罪，除此之外不应接受贿罪处理。第二种情况是受贿人实际办理了登记。这也有两种表现行为：一是受贿人以自己或亲属和其他第三人名义办理了登记，说明收受人已经取得股权或着行使了处分权，应按受贿处理。二是行贿人或第三人自作主张，用其他人名字办理登记。若此事本人知道而未表示异议，应视为本人对股票的处分，按受贿罪对待；若此事本人不明知或知悉后表示异议的，则不能将此登记转让行为视为受贿，而应根据实际情况加以正确处理。6、股票盈利性和风险性对确定受贿数额的影响（1）通谋-给付对价的收受行为构成犯罪的要件。一个时期，原始股被认为最容易赚钱而成抢手股票，有的公司用配送给领导人这类股票为谋取利益铺路。除了无偿赠送之外，由于某种原因收受人也有时给付一部分对价。如：溢价发行股票面值给付价款，除去购买人应支付的发行成本而按票面价值付款，还有的行贿人对受贿人承诺如果不能实现预定股利则给予补偿，等等。对此，一种观点认为，收受人收取股票的实际价值与其给付价款之间的差价是一种利益取得，应将该差价计为受贿额。另一种观点认为股票上市交易，其价值运动表

现的是股票面额与股市行情之间的关系，因此只要收受人付出了票面额与股票价值的款项，其盈利部分是合法的，我们倾向第一种观点。第二种观点不足之处在于没有看到两种独立行为之间存在着一个内在的联接点，即如果行为人之间具有通谋性，包括双方通谋，通过第三人（证券商或交易所）共谋和行贿人确保受贿人主观上达到了明知的程度，从而证明了受贿人不等价收受股票的非法盈利属于受贿罪客观方面的表现。对此应将收受股票的差价部分与股票交易盈利部分合并计为受贿额。(２)不当得利-未付出股本却获得盈利的受贿行为的对象。在股市盈利的前提下，受贿人只获得盈利，股本金被行贿者收回，这种不当得利应计为受贿额，股本金则应作为犯罪工具追缴。(３)实收股本-股票亏市时确定受贿额的基础。由于股票交易风险和亏损的客观性及同一范围内的普遍性，在股票亏市的情况下，应按收受股票当时的股本金确定受贿数额，不宜将收受股票投人股市数额重复计算，更不能将亏损列为损失而加重处罚。以避免与挪用公款（包括挪用公款炒股）或贪污行为相混淆，造成法律适用上的错误。

（８）非财产性利益受贿案件的认定

就目前而言，以非财产性利益的受贿行为屡见不鲜。它是指行为人利用职务上的便利索取或非法收受非财产性利益，而为他人谋取利益的行为。其中，非财产性利益主要包括：介绍职业、提职晋级、入党入团、调换工作、授予荣誉称号、提供性服务等。

非财产性利益能否成为受贿犯罪的对象，理论上有肯定与否定两大观点。但我们认为，非财产性利益能否成为受贿罪的犯罪对象，必须严格依照本法规定。据本条规定，作为受贿罪的犯罪对象，只能是财物。当前严格将贿赂限定于财物范围之内，并以此来认定受贿罪，是符合本法规定的罪刑法定原则的，也是严格执法的需要。因此，我们主张，非财产性利益不能成为受贿犯罪对象。

但是，这并不是说，对以非财产性利益为犯罪对象的贿赂犯罪就予以放纵，而应按本法规定的其他罪加以惩处。如玩忽职守罪等。

（９）受贿案件客观行为表现的认定根据本法第 I63 条、本条、第 386 条和第 388 条规定，受贿罪的客观行为包括索取贿赂、非法收受贿赂和经济受贿三种类型。它们的具体形态包括以下八种：1、承诺与拒绝，这是指犯罪分子收受财物前未曾进行任何有关索取，而仅限于对他人所求的承诺，提供便利或拒绝的意思表示的行为方式。这种方式或者是基于受贿者与对方的关系考虑，或者出于对人之常理的推测，还可能是有意掩人耳目以避开索取和故意之嫌。2、授意。这是一种通过间接的、暗示的途径进行意思表示的方式，也有别于直接和明示的索取，在语言、态度和行为上都表现出相当的处理技巧，具有使对方心领神会、心照不宣而又不存在任何捕捉法律证据可能的效果。3、钓鱼。受贿者并不必坦露其索取的真实意思，也不是通过授意的技巧性处理，而且从不表示放弃承办之意，但或者向对方陈述有所难度，或者一味拖延，并将拖延控制在使对方无可非议然而又足以使对方隐约感受其用意的水平。4、勾结与互贿。与前几种情形不同的是，这种行为是由双方针对本不属于其中任何一方的他方财物标的共同故意促成，他们或者用以次充好、以假冒真、以少报多（或相反）、抬高工程造价等手段损公肥私，或者打着开展正常工作、行使正当职权的招牌，掩盖其背后进行的肮脏的权钱交易。经过这种行为的处理，一个处于最低分数限的考生可以出人意料地被录取，一个规定刑期在 3 至 5 年之间的罪犯被执行最低刑期也是意料之中的事。5、既成。这种情况中受贿者未作出过任何意思表示，甚至事前根本未想索贿，也不知对方送贿之事，事后得知才见财眼开，并未表示反对，或经礼节性推让后认可，或态度变得积极起来，从而构成事实上的受贿罪。6、贿局。罪犯通过制造某种局面或场面，然后依靠合乎常理的自然力量完成受贿行为，如通过制造一种竞争或压力气氛迫使欲晋升调岗者、需庇护减轻逃脱罪责者、工程承揽者、合同签约者、其他目的者或接受工作检查指导的下级，自愿、主动送贿。或通过逢年过节、大事小情、婚丧嫁娶、甚至抱病休养住院或打麻将等娱乐场面广收财贿。7、隐身。受贿者利用社会不良风气和人们扭曲的攀权结贵心理，本人并不出面，反而表现出两袖清风的廉洁白律的风范，实际上是将利用职务便利与非法收受财物两项动作在时空上加以分离，后续部分由其家属或第三者完成，前后呼应，配合默契。与此相似的行为方式还包括，一些

领导干部采取造福子女亲系的世袭性受贿手段，安排这些人经商或从事某种位权职业，以求达到更加大范围、更具永久性的索取目的。至于 1985 年 7 月 18 日两高《关于当前办理经济案件中具体应用法律的若干问题的解答（试行）》所述及的国家机关、团体、企业事业单位和集体经济组织收受贿赂而单位主管人员和直接责任人员借机中饱私囊的行为，亦属于此列。8、购买。进行贿赂犯罪的双方为共同逃避法律，采取合法的花钱购物、购股或购券形式，但实际上所付货款远不及物品本身价值，所购股票或债券纯系准内幕交易。此外，还包括依内部价格购买紧俏品行为和依最低标准为子女缴费进人重点学校的行为。

（10）受贿罪与正常馈赠的认定

怎样界定受贿与正常馈赠的界限，除正确把握受贿罪构成要件之外，还应注意以下问题：1、从双方的关系看，双方是同学、同乡、亲友及其他私人关系，还是有利害关系的当事人与主管人的关系。正常馈赠一般发生在有密切关系的个人之间，这种密切关系往往由来已久，且在馈赠发生之后仍保持和发展这种关系；而贿赂则是发生在有利害关系的当事人与主管人之间，双方的利害关系是由于国家工作人员的特定身份而临时产生，且随贿赂目的得逞后而逐渐淡化。2、从行为的动机来看，正常馈赠是行为人基于亲情、友情而无偿将财物送与他人；而贿赂则是行贿人为使他人利用职务之便为自已谋取利益而将财物给予他人，3、从行为的方式来看，正常馈赠一般是公开进行，为他人知悉；而贿赂则总是秘密进行，行为的双方都采取各种手段掩盖、隐匿、毁灭可能被查获的罪证，4、从行为的时间上看，馈赠发生的时间一般确定；而贿赂则必然发生在行贿人有求受贿人利用职务为其谋取利益之时。5、从行为的标的物来看，正常馈赠的财物一般为私人财物；而用以贿赂的财物，既可能是国家、集体的，也可能是私人的，且标的物价值一般较大。

（11）受贿罪与受礼的认定

1、正确掌握界定受贿罪与受礼的方法。（1）分解比较法，是指将受礼与受贿主客两方面的要素分解后运用比较分析的方法进行研究，从中找出它们之间的差异性，即区分它们之间的界限。第一，从主体关系上进行比较分析。A、受礼与受贿主体关系的，性质不同。受礼主体双方的关系是私人感情关系。一般来说，受礼双方是亲朋好友或其他特殊亲密的私人关系。但是，在实践中如何界定亲朋好友的范围却是一个比较复杂的问题。对亲属范围的界限问题，首先要确定界定的原则，一要考虑到我国的传统；二是参照其他法律的有关规定；三是有利于同贿赂犯罪作斗争的需要。根据上述原则，亲朋好友范畴不是广泛意义上的概念，而应是具有特定法律意义内涵的概念。因此，既不宜界定过宽，也不宜界定过窄。亲属的范围可界定为：直系血亲（包括拟制血亲）、三代以内旁系血亲；直系姻亲、三代以内旁系姻亲。对好友和有特殊感情关系的范围界定相对要复杂一些，标准不好把握。总的原则是从严掌握。可以认定的标准为，一是群众公认标准。即在一定群体范围人们认为他们是好友。二是自我证明评价标准，即由双方或其中一方主体提供事实证据予以证明，然后审查决定。好友包括在同乡、同学、同事中关系比较好、感情比较深的人，还包括同外界有关人员中感情比较深的人。有特殊感情的私人关系中包括感情比较深的教师、领导等。受贿主体双方的关系是利害关系，其实质是权钱交换关系。B、受礼与受贿主体关系产生的基础不同。受礼主体双方关系产生的基础是血缘关系、婚姻关系和私人感情关系。受贿主体双方关系产生的基础是受贿人特定的身份而享有特定权力。C、受礼与受贿主体关系维系的时间不同。一般来说，受礼主体双方关系维系的时间比较长，具有长期性的特征，并且有的在受礼者具有特定的身份之前就建立了这种私人关系。受贿主体双方关系维持的时间比较短，具有临时性的特征，往往是办完了事这种关系也就结束了。第二，从主观上进行比较分析。A、受礼与受贿的动机、目的不同。受礼对方的动机目的是基于亲友情义或主要是因为亲友情，而将财物无偿送与他人，并不要求得到回报。而受贿的对方是以利用他人职权为自己谋取利益或请托解决某一问题为目的，而将财物给予他人，送财物是要求得到报偿的。B、受礼与受贿人对送财物的意义认识不同。受礼者知道送财物是出于亲朋好友之间特殊的私人感情，其目的是互相帮助、解决自难，或是进一步加深这种感情。受贿者知道或应当知道送财物是出于某种利害关系，或谋取某种利益的要求。第三，从客观方面进行比较分析。A、受礼与受贿的行为方式不同。受礼一般是公开进行的，而受贿则总是在秘

密状态下进行的。B、受礼与受贿的时间契机不同。受礼的对方一般是以逢年过节、生病住院、婚丧嫁娶、子女当兵、升学等家庭有关的重要问题为契机，而受贿的对方一般是在谋取利益前夕，谋取利益的过程，或取得利益之后不久等。C、受礼与受贿的财物数额大小不同　　一般来说，礼品的数额比较小。D、受礼与受贿者为对方谋取利益的方式不同，一般情况下送礼者不要求受礼者为其谋取特定的利益。但在特殊情况下，送礼者也要求受礼者为其谋取特定的利益。但所不同的是，送礼与谋取之间没有必然的逻辑联系，即送礼与否其数额大小都不会影响受礼者为送礼存谋取利益，受贿者为对方谋取利益的方式，则是以收受财物及具数额们大小，作为为其谋利益的必要条件。（2）综合分析法。是指把受礼与受贿的要索综合起来进行分析研究，作出判断。第一，利用职权为亲朋好友谋取了利益（包括合法利益与非法利益）而收受了财物的，既不能仅仅从主体双方关系的特殊性上来理解，也不简单地从法条的形式规定上来理解，而应把两者结合起来进行分析研究，根据不同的情况作出不同的判断，第一，对直系血亲、三代以内旁系血亲、直系姻亲、三代以内旁系姻亲所给予的财物适用排除原则。即对利用职权为直系血亲、三代以内旁系血亲、直系姻亲、三代以内旁系姻亲谋取合法利益，而收受财物的，一律认定为受礼，而不认定为是受贿；利用职权为其谋取非法利益而收受财物的，应认为是受贿，而不是受礼，第二，利用职权为他人谋取利益而收受了数额较小的财物的，应认为是受礼；如果利用职权为他人谋取非法利益而收受了财物，尽管数额较小，也应认定为受贿。2、在司法实践中区分受礼与受贿的几个具体问题。第一，关于亲属转送财物的问题。所谓亲属转送财物是指，受托人利用职权为请托人谋取利益，请托人不是直接将财物送给受托人，而是通过受托人的亲属将财物传送给受托人。如果明知是转送的财物，则认定为受贿。如果不知是转托的财物，则不宜认为是接受请托人的贿赂，而宜认定为是接受亲属的礼物。第二，关于再找适宜的契机以送礼之名行贿赂之实的问题，可以有条件地认定为贿赂。这些条件可以是：A、给予财物的主体，应是亲朋好友及有特殊亲密关系以外的其他人。亲朋好友及有特殊亲密关系的人，在某种契机上给予财物，应是属于正常的送礼。B、应该是为他人谋取了非法利益。谋取了合法利益而在某种契机上给予财物，一般认定为受礼比较适宜。C、给予财物应是在为他人谋取利益的过程中。D、应是给予了数额比较大的财物。给予财物数额比较少的不宜认定为受贿。寻找契机以送礼之名行贿赂之实的，必须间时具备上述四个条件，才可认定受贿。其他情况认定为受礼比较适宜。第三，关于领导收受下属和下级机关给予的财物问题。对这个问题的理解是：A、属于正常的礼尚往来问题。领导同下属和下级机关的领导之间也有常人之间的私人感情，他们之间的礼尚往来，有相当一部分是属于受礼性质的。B、领导利用职权为下属或下级机关谋取了特定的利益的问题。谋取了特定的合法利益，而收受的财物数额又比较小的，可以认为是受礼。如果谋取了非法利益而收受财物的，应认定为受贿；如果谋取合法利益而收受财物的数额比较大的，主要可分为两种情况来研究：一是寻找过年过节等契机给予财物的，一般不宜认定为受贿，而应认定为受礼。二是给予财物是在谋取利益的过程中，应认为是受贿。

（12）受贿罪既遂与未遂的认定

根据本法第 20 条至第 24 条规定，区分受贿罪既遂与未遂的标准应从贿赂是否到手为界。其理由是：首先，受贿犯罪可分承诺受贿、接受贿赂、行为人谋取了某种利益三个阶段。承诺属犯意表示，为行贿人谋取利益是受贿的交换条件，唯有接受并拿到贿赂，才是受贿人追求的直接结果。因此，受贿人收受了贿赂，即意味着实现了犯罪的目的，从而构成犯罪既遂。其次，根据本法规定，受贿罪犯罪构成只需要一个行为一种故意则为齐备，即有利用职务之便收受贿赂的行为和相应的故意。至于行为人为他人谋取利益是否成功，不影响法定的构成要件，因而也不影响受贿既遂的成立。第三，以贿赂是否到手作为区分受贿罪既遂与未遂的标准，同样适用于索取贿赂的情况。索贿而未得到贿赂，仍然说明行为人没有达到犯罪的目的，符合本法关于未遂的法定要件。那种认为一经实施索贿行为就构成受贿既遂的观点，是缺乏理论依据的。

（13）以借贷为名行贿受贿案件的认定

所谓借贷形式的行贿受贿是指行贿人为了达到某种目的，借民间借贷形式进行贿赂，国家工作人员利用职

务上的便利，以借为名索取、收受他人财物，并为他人谋利益的行为。其特点是，表现为公开性、长效性。公开性，表现为行贿人与受贿人之间不再以秘密形式交付收受财物，往往开门见山，公开交易。长效性，表现为行受贿双方互相利用，已不再是一己、一时之利行贿受贿，而是谋求彼此之间的长期、稳定的权钱交易关系。根据本法第 I63 条、本条、第 386 条和第 388 条规定，认定此类案件时，应注意以下问题：1、从审查双方主体之间的真实关系，看行贿受贿的客观基础。正常的民间借贷关系没有职务上的内在必然联系，双方主体之间除了情感上的依托关系外并不存在某种依赖关系，一般来讲双方结识时间长、交往多，互相了解、信任，关系融洽，有正当的书面手续。而借贷形式的行贿受贿则围绕着行贿人谋取的利益与受贿人利用职务便利而进行的权钱交易，这样双方主体之间必然存在某种特殊联系，这种联系，以职权为媒介表现为仅仅在工作关系上有一面之交，缺乏借贷关系赖以存在的信任基础，又没有任何借贷手续。这种既无信任基础，又无借贷手续的不正常现象正是行贿受贿的典型表现。因此，只要我们认真审查分析双方主体间的真实关系，仍然可以摸到定性的脉络，找到行贿受贿的客观基础，2、从审查借贷关系产生的时间、原因是否自然看与行贿之间的内在联系。借贷关系的成立没有时间上的限制，原因是真实自然的，它的形成完全取决于当事人之间的借贷契机，契机是以真实、合理、可信的事由而产生的，没有时间上的特定性，原因往往表现在一方经济括据需借钱，另一方经济宽裕，有能力出借。而借贷形式的行贿则不同，它具有时间上的限制性和原因上的虚假性。利用借贷关系行贿所产生的时间是以行贿人为实现某种目的为中心，或在其前，或在其后，而行贿方利益的实现也必然要见之于客观，在原因上又往往会出现反常现象，行贿方无钱出借却要四处奔波筹措资金出借，受贿方经济宽裕无需借钱却堂皇之借钱，借来的钱不用于生活急需，而是将借款存人银行或用于高消费又无偿还能力，这就给我们展示了一条明晰的犯罪因果链，使我们在行贿人谋取利益的时间与借贷关系成立的时间比较中，对产生借贷关系事由和原因的分析中，找出行贿受贿之间的内在联系、3、从审查借贷双方的意愿上，看行贿的本质，民法上的借贷关系是一打当事人自愿将自己所有的金钱出借给对方当事人，对方当事人经过一定时间归还本金并支付一定数额利息或作礼仪性酬谢的民事法律行为。这种关系的确定完全出于双方当事人的自愿，是一种互助互济的行为，不附加与借贷无关的其他条件，一般借贷数额不大，时间较短，如果是大数额借款，洽淡时一定会明确还款时间，对拖欠时间较长，或逾期不归还的，出借人也会主动催还。而借贷形式的行贿受贿双方存在着直接的依附于受贿人的职权而违心出借，时间无限期，数额较大，受贿人一权在握，以借入为名收受贿赂，并为出借者谋取利益，这种非自愿的借贷关系从本质上区别于民法意义上的借贷关系。4、从审查借贷关系的产生是否给第三人带来损失，看行贿受贿的必然结果。合法的借贷关系是一种民事法律行为，它以不损害他人利益为前提条件，事实上，正常的民事借贷关系不存在损害第三人利益的情况，而借贷形式的行贿受贿是通过出借人的出借（行贿）和借入人的借款 （ 受贿）来实现不可告人的目的，这种行为的实现必然会给第三人带来损害，或者使企业经济利益受损或者扰乱国家的经济秩序，这些损失是因受贿人接受贿赂造成的，因而损失的产生与这种借贷有着直接的因果关系，也是行贿受贿的必然结果。综上所述，对以下借贷应以受贿论处：A、借款方式是利用职务便利，为出借人谋取利益的国家工作人员或者其他从事公务的人员；B、借款人经济条件好，无需借款，虚构借款事由的；C、借款金额大，时间超过一定期限或不确定期限的；D、借款不留凭证的；E、借款后有能力、有机会偿还而不予偿还的；F、借款人借款后又收受出借人贿赂钱财的。

（14）以婚丧嫁娶为名受贿案件的认定

审查具有一定职务的国家工作人员，利用婚丧嫁娶收取财物，是否利用了自己职务上的便利，应重点把握以下三点：1、查清送财物的人与收受财物的人的关系。如果双方是领导与被领导的关系，下级给上级送，那么婚丧嫁娶收受财物的行为就有可能是受贿行为。2、查明送财物的目的、动机。非亲非故的人送财物的目的、动机是为了从收受财物的国家工作人员中得到某种利益，在婚丧嫁娶之时送礼仅是借口，实则是行贿。3、查明收财物人为送财物人谋取的利益。可采用超前延伸审查和置后延伸审查的办法。

（15）以压岁钱为名受贿案件的认定

办理这类案件应注意把握以下几点：1、从给压岁钱的人与收受压岁钱小孩的父母关系来分析。以给压岁钱为名，实则行贿的人与收受压岁钱小孩的父母，多是领导与被领导关系，下级给上级领导的儿女压岁钱或给掌握某种权力的人的子女压岁钱，给压岁钱的人与收受压岁钱小孩的父母不是亲友关系，平时关系一般。2、从给压岁钱的数额来分析。以给压岁钱为名的行贿受贿，其数额少则几百，多则几千。3、从给压岁钱的目的和动机来分析。以给压岁钱为名的行贿受贿，其给压岁钱的目的和动机是为了从收压岁钱的小孩的父母手中取得某种利益。

（16）以打麻将为名受贿案件的认定

1、从行贿受贿双方构成看。被点炮方多是掌管某种实权的国家工作人员；点炮方都是有求于执掌某种权利的人。2、从打麻将的目的、动机看。双方以娱乐为名，意在实现行贿受贿的目的。3、从输赢钱的来源及金额看。输钱方的钱多源于输方单位的公款，输赢的金额都在成百上千元。

（17）发包方收受承包方受贿案件的认定

承包者为了维持、扩展承包利益，主动以承包利润部分间作为发包方的上级送钱送物（进贡）。收受财物的上级领导的行为是否属于受贿呢？我们认为这是一种受贿犯罪的行为。受贿罪中所讲的对方谋取利益收受财物，这个对方，既可以是横向关系（平等关系），也可以是纵向关系，它与作为发包方的上级领导既有共同的经济利益，又有相对独立的经济利益，对于承包者这都分相对独立的经济利益，作为发包者的上级领导是不能染指的。又由于承包者与上级领导间是一种纵向的被管理与管理形成的利益关系，承包方之所以向上级领导送钱送物，归根到底是为了取待上级支持，维持并扩展其经济利益，作为发包方代表的上级领与收受下级承包者的财物，同样符合受贿罪的特征，应以受贿论处。

（18）区分受贿罪与公司、企业人员受贿罪

受贿罪与公司、企业人员受贿罪，在客观行为表现、犯罪对象和主观方面有相同之处。但两者亦有以下不同：1、犯罪主体不同。公司、企业人员受贿罪是从一般受贿罪中分离出来的一种新的罪种，它具有自己独特的犯罪构成标准。其受贿犯罪主体范围是指：（1）公司工作人员；（2）公司以外企业的工作人员。就是说，除了公司、企业管理人员之外，还有利用职务之便的工人。而受贿罪的主体主要有：（1）国家机关工作人员；（2）在国家各类事业机构中的工作人员；（3）国有公司、企业中的管理人员；（4）在公司、企业中由政府主管部门任命或委派的管理人员；（5）国有公司、企业委派到股份、合营公司、企业中行使管理职能的人员；（6）其他依法从事公务的人员。2、犯罪客体不同。公司、企业人员受贿罪侵犯的客体是公司、企业的正常管理活动和公司、企业的利益。而受贿罪所侵犯的客体是国家机关的正常管理活动，包括国家机关、国有公司、企业事业单位的正常管理活动和国家公务人员的廉洁性。3、定罪量刑幅度不同。公司、企业人员受贿罪的处罚要比受贿罪轻些。

（19）受贿罪与贪污罪的界限

受贿罪与贪污罪的相同点是：犯罪主体都是国家工作人员，主观方面都是直接故意，客观方面都是利用职务上的便利。但是，两者又有如下区别：1、侵犯客体不同。受贿罪侵犯的直接客体是国家机关的正常活动，贪污罪侵犯的直接客体是公共财产的所有权。2、侵犯对象不同，受贿罪侵犯的对象是公私财物，贪污罪侵犯的对象是公共财物。3、客观方面的犯罪手段不同。受贿罪是采取为他人谋利益的手段，非法索取、收受他人财物；贪污罪是采取侵吞、窃取、骗取等手段，非法占有自己主管、经营、经手的公共财物。4、主观方面的犯罪目的不同。受贿罪是为了取得他人或单位的公共财物，贪污罪是为了非法占有公共财物。

（20）区分受贿罪与敲诈勒索罪的界限

敲诈勒索罪，是指以非法占有为目的，采用威胁、要挟等手段，强行勒索公私财物的行为。受贿罪与敲诈勒索罪在主观方面都是故意，有时主体都是国家工作人员，在客观方面敲诈勒索罪的索取财物手段与受贿罪的索取财物手段相类似，因此，有时不好区分二者的界限。这两种犯罪除了犯罪客体不同和犯罪主体有不同之处

以外，在客观方面也是不同的。虽然同有一个索字，但其性质、特点都有区别。敲诈勒索罪的勒索是采用暴力、威胁或其他加害行为或者以其他要挟的方法，强行迫使他人不得不交出公私财物。受贿罪的索取财物行为，一般只是提出索取财物的意向或要求，并不采取暴力、威胁等强行勒索手段，有时也可能出现一些刁难、要挟的情形，但它毕竟与敲诈勒索罪的强行勒索、要挟行为的性质不同。

（21）受贿罪与诈骗罪的界限

受贿罪与诈骗罪都有非法占有公私财物的特点，但也有以下不同：1、犯罪主体不同。前者是特殊主体，而后者则是一般主体。2、犯罪客体不同。前者为复杂客体，其中主要客体是国家机关的正常管理活动：后者则是公私财产所有权。3、客观行为表现不同。前者是行为人利用职务之便，索取他人财物或非法收受他人财物：而后者则是以虚构事实、隐瞒真相，骗取公私财物。

（22）受贿罪与徇私枉法罪的界限

受贿罪与徇私枉法罪都有徇私情形。但两者也有以下区别：1、犯罪主体的范围不同。前者是国家工作人员，而后者则是国家工作人员中的司法工作人员。2、客体不同。前者破坏了国家正常管理秩序和廉政制度，后者侵犯了国家的司法制度。3、徇私的目的不同。前者是为行贿人谋取利益，后者则是徇私枉法、徇情枉法。4、客观行为表现和量刑根据也是不同的。另外，徇私枉法罪的主体，在一定情形下也可以转化为受贿罪的主体。

4.处罚

受贿罪的刑事责任和处罚与贪污罪相同。

（四）行贿罪

1.特征

行贿罪，是指为谋取不正当利益，给予国家工作人员以财物的行为。

2.特征

(1)主体是自然人一般主体。

(2)客体是国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体的正常活动。

(3)主观方面是故意，并且具有谋取不正当利益的目的。即明知自己的行为是收买国家工作人员以及其他依法从事公务的人员利用职务上的便利关自己谋取不正当的利益而实施这种行为，意图谋取不正当利益。行贿的目的，在于使国家工作人员或其他从事公务的人员利用其职务上的便利为自己谋取不正当利益。不正当利益是针对正当利益而言的，是指根据法律、行政法规及有关政策规定不应当得到的利益，包括非法利益。例如：行贿人为了走私而行贿于海关人员；为了生产、销售伪劣产品而行贿于工商人员、技术监督人员；明知自己或者他人不符合升学、招工、提职、农转非的条件而行贿于有关人员；为了减、免税而行贿于税务人员等。为谋取不正当利益是构成行贿罪的必要条件。给予国家工作人员财物的情况比较复杂，有的人根据法律、政策符合条件，有资格，也应当得到某种正当利益，如招工、晋升、分房、办理某种手续等，但由于社会上存在着不正之风，一些人不给钱不办事，问题长期得不到解决，不得已送钱送物。这种情况的出现，主要责任在受贿方。对方有这种行为的可以批评教育，但这一行为不构成行贿罪。这样规定，有利于区分罪与非罪的界限，避免打击面过宽。为谋取不正当利益是构成行贿罪的必要条件，行为人若不是为了不正当利益而行贿。则不构成行贿罪。

(4)客观方面表现为给予国家工作人员以财物的行为。在经济往来中，违反国家规定，给予国家工作人员以财物，数额较大的，或者违反国家规定，给予国家工作人员以各种名义的回扣、手续费的，以行贿论。这里的违反国家规定，是指违反国家法律、行政法规关于经济往来中给予国家工作人员礼物、回扣、手续费，只能在帐内公开给予，而不得在帐外暗中给予的规定。行贿行为只限于主动行为，如果是被勒索而给予国家工作人员以财物，没有获得不正当利益的，不是行贿。根据 1999 年 9 月 16 日最高人民检察院发市施行的《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定》（试行）的规定，涉嫌下列情形之一的，应予立案：1、行贿数额在 1 万元以上的；2、行贿数额不满 1 万元，但具有下列情形之一的：（1）为谋取非法利益而行贿的；（2）向 3

人以上行贿的；(３)向党政领导、司法工作人员、行政执法人员行贿的；(４)致使国家或者社会利益遭受重大损失的。因被勒索给予国家工作人员以财物，已获得不正当利益的，以行贿罪追究刑事责任。

3. 认定

本条第 2 款是对以行贿论处的行为的规定鉴于在经济交往中，一些单位或个人不顾国家规定，采取对参与经济活动的国家工作人员给予财物或者违反国家规定给予这些人员以各种名义的回扣、手续费的手段，为这些国家工作人员或者其他从事公务的人员利用职务之便大开方便之门，实行不公平的竞争，达到谋取不正当利益的目的，这种行为同第 1 款规定的行为具有同样严重的社会危害性，因此，本条第 2 款规定：在经济往来中，违反国家规定，给予国家工作人员以各种名义的回扣、手续费的，以行贿论处。即这种行为也构成行贿罪。

为了区分罪与非罪的界限，本条第 3 款专门强调：因被勒索给予国家工作人员以财物，没有获得不正当利益的，不是行贿。这就是说，如果同时具备被勒索给予财物和没有得到不正当利益两个条件，不能以行贿论处。如果行为人系由于被勒索而给予财物的，但是行为人谋取了不正当利益的，仍应以行贿论处。

4．处罚

第３９０条规定，对犯行贿罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役；因行贿谋取不正当利益，情节严重的，或者使国家利益遭受重大损失的，处 5 年以上１０年以下有期徒刑；情节特别严重的，处１０年以上有期徒刑或者无期徒刑，可以并处没收财产。关于情节严重、情节特别严重的标准，法律未作具体规定。从司法实践的情况来看，应该从行贿数额、手段、次数、人数、后果、犯罪后的表现等方面进行考察。一般是指为谋取个人非法利益，一贯行贿，屡教不改的；为推销伪劣产品而行贿造成严重后果的；为签订假合同，骗取财物而行贿的；为骗取国家出口退税而行贿的；行贿手段或结果又牵连其他多种罪行的；用国家文物行贿或者用优抚、救济、扶贫、教育等专项特定款物行贿以及用党费、团费行贿的；行贿数额巨大或特别巨大，致使国家利益遭受重大或者特别重大损失的；在司法机关追诉时，拒不交待罪行，伪造、隐匿、毁灭证据，与受贿人订立攻守同盟的等等。

行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的，可以减轻处罚或者免除处罚。这是对行贿人自首的特别规定。关于自首，本法第 67 条规定对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，可以免除处罚。鉴于贿赂犯罪具有很大的隐蔽性，取证难度较大而行贿与受贿又是对应的，密切联系在一起的，行贿人主动交待行贿行为实际上是对于受贿人的揭发检举，属于立功表现，因此，为了分化瓦解犯罪分子，严厉打击受贿犯罪，落实惩办与宽大相结合的政策，本条第 2 款款规定，行贿人在被追诉前主动交待贿赂行为的，可以减轻或者免除处罚。这是对行贿人自首的特别规定，是对我国自首制度的重要补充。

（五）介绍贿赂罪

1.定义

介绍贿赂罪，是指向国家工作人员介绍贿赂，情节严重的行为。介绍贿赂行为，主要表现为在行贿人和受贿人之间实施沟通、撮合，促使行贿与受贿得以实现的行为。

2.特征

（１）主体为一般主体。

（２）客体是国家机关管理活动和国家工作人员职务的廉洁性。

（３）主观方面表现为直接故意。即行为人明知自己撮合的是行贿、受贿行为而有意为之。一般都具有从中谋取私利的目的对于出自亲友关系，或者其他非物质利益的考虑，自愿介绍贿赂的，一般不影响本罪的成立。其中情节较轻，危害后果不严重的，也可以不按犯罪论处。

（４）客观方面表现为行为人在行贿人和受贿人之间实施沟通、撮合，促使行贿与受贿得以实现的行为。即为行贿受贿双方“穿针引线”，促使双方相识相通，代为联络，甚至传递贿赂物品，帮助双方完成行贿受贿的行为。介绍贿赂行为，只有情节严重的才构成犯罪。如果只是口头表明引见，并没有具体实施撮合行为，或者已经使

行贿、受贿双方见面，由于某种原因，贿赂行为未进行的，均不能构成介绍贿赂罪。

根据 1999 年 9 月 16 日最高人民检察院发布施行的《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定》(试行)的规定，涉嫌下列情形之一的，应予立案：1、介绍个人向国家工作人员行贿，数额在 2 万元以上的；介绍单位向国家工作人员行贿，数额在 20 万元以上的；2、介绍贿赂数额不满上述标准，但具有下列情形之一的：(1)为使行贿人获取非法利益而介绍贿赂的；(2)3 次以上或者为 3 人以上介绍贿赂的；(3)向党政领导、司法工作人员、行政执法人员介绍贿赂的(4)致使国家或者社会利益遭受重大损失的。

3．认定

认定本罪时，应区分介绍贿赂罪与行贿、受贿共犯的界限，介绍贿赂人不同于行贿或受贿一方的帮助犯，他必须与贿赂行为的双方都有联系，是根据行贿、受贿双方的意图办事，在行贿人和受贿人之间进行联系，如果行为人只与其中一方有联系，为一方出谋划策，则构成一方的共犯。另外，介绍贿赂的行为人是在他人有了行贿或受贿故意的情况下，才从中沟通撮合的。如果他人本无行贿或受贿的意思，只是在行为人的极力怂恿、劝说、诱导等行为之下才产生行贿、受贿意图，便不是介绍贿赂的性质，而是教唆犯。如果在教唆后，又在实施介绍贿赂行为的，应按他所教峻的犯罪(行贿罪或受贿罪)的共犯定罪，从重处罚。

4.处罚

第 3 9 2 条规定，犯本罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役。介绍贿赂人在被追诉前主动交待介绍贿赂行为的，可以减轻处罚或者免除处罚。

(六)巨额财产来源不明罪

1.定义

巨额财产来源不明罪，或称非法所得罪，是指国家工作人员的财产或者支出明显超过合法收入，差额巨大，而本人又不能说明其来源合法的行为。

2.特征

(1)主体是特殊主体，即国家工作人员。非国家工作人员不能成为本罪主体。国家工作人员，包括在国家机关、国有公认企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员，以及其他依照法律从事公务的人员。

(2)客体是复杂客体，即国家机关的正常活动和公私财产。本罪客体的复杂性是由巨额财产来源不明罪的刑法内涵的复杂性和特殊性所决定的。本法设立本罪的目的是严密法网，使司法机关易于证明犯罪而使腐败官员难以逃避裁判。也即按通常的司法程序，在官员贪污受贿难以证实的情况下，把举证责任部分转移而设立本罪。因此，首先，从设立该罪的目的就可以看出，巨额财产来源不明罪侵犯的首要客体是国家工作人员职务行为的廉洁性。其次，既然是巨额财产来源不明，本罪也就必然地侵害了社会主义的财产关系，侵犯了国有财产、集体财产和公民个人的财产所有权。

(3)主观方面是直接故意。行为人明知自己的财产或支出明显超过合法收入，差额巨大，其财产或者支出的来源是非法的，当司法机关责令其说明来源时，因主观上不愿而拒绝加以说明，从而不能说明其来源是合法的。因此，本罪的罪过形式只能是直接故意。

(4)客观方面表现为财产或者支出明显超过合法收入，差额巨大，而本人又不能说明其来源是合法的行为。这里的“财产”，是指国家工作人员所拥有的房屋、交通工具、存款、现金、生活用品等私人财产。“支出”，是指国家工作人员的各种开支、消费。“合法收入”，是指按法律规定应属于国家工作人员合法拥有的工资、奖金、津贴、遗产继承等等。国家工作人员拥有的明显超过合法收入的财产或支出，无论是以何种方式取得，只要行为人不能说明其来源是合法的，即构成本罪。当然，如果能够查明财产来源的合法性，不能以犯罪论；如果能够查明财产确系贪污、受贿等犯罪所得，应以贪污罪、受贿罪等犯罪追究刑事责任。

3．认定

（1）如何计算非法所得的数额的问题

国家工作人员的合法收入是计算非法所得的基础。国家工作人员的合法收入，应当包括国家工作人员的工资、奖金、国家发放的各种补贴、本人的其他劳动收入、亲友的馈赠和依法继承的财产。非法所得数额应以国家工作人员的财产或者支出与其合法收人的差额部分计算。汁算非法所得时，应将合法收入部分扣除，只计算差额部分。如果行为人能够说明财产的来源是合法的，并经查证属实的，应作为本人的合法收入；如果行为人不能说明财产的来源是合法的，则应减去其合法收人的差额部分，即视为非法所得，其行为构成巨额财产来源不明罪。

（2）巨额财产来源不明罪与贪污罪、受贿罪的界限

巨额财产来源不明罪与贪污罪和受贿罪有着密切的联系，很多巨额财产来源不明就是没有被查明证实的贪污罪和受贿罪。但巨额财产来源不明罪作为一个独立的罪名有着自己的犯罪构成。首先，贪污罪和受贿罪的犯罪主体的范围要比巨额财产来源不明罪大一些，除国家机关工作人员，还包括国有公司、企业、事业单位其他经手管理公共财产的人员和其他依法从事公务的人员。在犯罪的客观方面，巨额财产来源不明罪只要求行为人拥有超过合法收人的巨额财产，而且行为人不能说明、司法机关又不能查明其来源的即可。也就是说，行为人拥有的来源不明的巨额财产既可能是来自于贪污、受贿，也可能是来自于走私、贩毒、盗窃、诈骗等等行为，这些都不影响构成巨额财产来源不明罪。

4.处罚

第３９５条规定，犯本罪的，处５年以下有期徒刑或者拘役，财产的差额部分予以追缴。司法机关在查处贪污、受贿、走私等刑事犯罪案件过程中，发现被告人的财产或者支出明显超过合法收入，且本人不能说明其来源合法，差额达到巨大标准的，应以巨额财产来源不明罪予以认定，按数罪并罚原则处罚；差额未达到巨大标准的，不以巨额财产来源不明罪认定，但其差额部分仍属非法所得，应依法予以追缴。

二、重点界限（贪污罪与盗窃罪、诈骗罪、职务侵占罪的界限；挪用公款罪与贪污罪、挪用特定款物罪、挪用资金罪的界限。受贿罪与公司、企业人员受贿罪、单位受贿罪和贪污罪的界限）

（一） 贪污罪与盗窃罪、诈骗罪、职务侵占罪的界限

（1）贪污罪与盗窃罪、诈骗罪的区别。这三种犯罪都是以非法占有为目的的犯罪，行为方式也有相同之处。它们的主要区别是：（1）主体不同。贪污罪是特殊主体，即国家工作人员；盗窃罪、诈骗罪是一般主体，即自然人。（2）客体与对象有所不同。贪污罪的客体是公共财产和职务行为廉洁性，行为对象是公共财物；盗窃罪、诈骗罪的客体是公私财产，行为对象是公私财物。（3）行为方式有所不同。贪污罪中窃取、骗取公共财物的行为是利用职务上的便利实施的；盗窃罪、诈骗罪则没有这一条件。

（2）贪污罪与侵占罪、职务侵占罪的区别。贪污罪与侵占罪、职务侵占罪主观上都是以非法占有为目的，客观行为也有相似之处。它们的主要区别是：（1）主体不同。贪污罪的主体是特殊主体，即国家工作人员；侵占罪的主体是一般主体即自然人，职务侵占罪的主体是特殊主体，即公司、企业或者其他单位的人员，但不包括国有公司、企业或者其他国有单位中从事公务的人员和国有公司、企业或者其他国有单位委派到非国有公司、企业以及其他单位从事公务的人员。（2）客体不同。贪污罪的客体是职务行为廉洁性和公共财产；

职务侵占罪的客体是职务行为廉洁性和本单位财产，侵占罪的客体则是社会诚实信用和公私财产。（3）客观行为有所不同。贪污罪中侵吞公共财物的行为是利用职务上的便利实施的；职务侵占罪在客观方面也有利用职务上便利的条件，而侵占罪在客观上没有利用职务上便利的条件，但是有利用自己控制他人财物的便利条件，这一便利条件不是基于职务产生的，而是基于他人委托以及获取他人遗忘物、埋藏物而取得的。

（二） 挪用公款罪与贪污罪、挪用特定款物罪、挪用资金罪的界限

挪用公款罪与贪污罪的主要区别是：（1）犯罪目的不同。挪用公款罪以非法占用为目的，即暂时地挪用公

款归个人使用；贪污罪以非法占有为目的，即意图永远地非法占有公共财物。行为人挪用公款后，犯罪目的由非法占用转化为非法占有的，如挪用公款后，携带公款潜逃的；挥霍公款，致使公款不能退还的；使用公款进行违法犯罪活动，致使公款不能退还的等，应以贪污罪论处。(2) 行为对象不同。挪用公款罪的对象仅限于公款；贪污罪的对象是公共财物，既包括公款，也包括公物。(3) 客体不同。挪用公款罪侵犯的是公款使用权；贪污罪侵犯的是公共财物所有权。(4) 客观方面行为手段不同。挪用公款罪的行为手段是擅自私用公款，实际案件中行为人一般没有涂改、销毁、伪造帐簿的非法行为；贪污罪的行为手段是侵吞、窃取、骗取等非法手段，实际案件中行为人往往有涂改、销毁、伪造帐簿的非法行为。

挪用公款罪与挪用特定款物罪的区别。二者的主要区别是 :(1) 主体不同。挪用公款罪的主体是特殊主体，即国家工作人员；挪用特定款物罪的主体是一般主体，即达到刑事责任年龄并具有刑事责任能力的自然人。(2) 客体不同。挪用公款罪的客体是国家工作人员职务行为的廉洁性、国家财经管理制度以及公款使用权；挪用特定款物罪的客体是国家对特定款物专款专用的财经管理制度以及国家和人民群众的利益。(3) 主观方面不同。二者都是故意，但挪用公款罪以挪用公款归个人使用为目的，即挪作私用；挪用特定款物罪的目的则是为了其他公用，即挪作他用。如果行为人挪用特定款物归个人使用，应以挪用公款罪从重处罚。这是二者最重要的区别之一。(4) 行为对象不同。挪用公款罪的行为对象是公款，包括特定款物在内。挪用特定款物罪的行为对象仅限于特定款物，即救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物。这是二者的另一个重要区别。(5) 客观方面成立犯罪的条件有所不同。挪用公款罪将挪用公款行为分为三种情况，并分别规定了不同的构成犯罪的客观要件；而挪用特定款物罪则在客观上要求致使国家和人民群众利益遭受重大损害的结果发生，否则不构成犯罪。

挪用公款罪与挪用资金罪的区别。二者的主要区别是 :(1) 主体不同。挪用资金罪的主体是特殊主体，即公司、企业或者其他单位的工作人员；挪用公款罪的主体也是特殊主体，但属于国家工作人员。(2) 客体不同。挪用公款罪的对象是公款，客体是公共财产，具体表现为公款的使用权；挪用资金罪的客体是公司、企业或者其他单位资金的使用权，行为对象是本单位的资金。二者的客体都侵犯了职务行为的廉洁性，但挪用公款罪侵犯的是国家工作人员职务行为廉洁性，而挪用资金罪侵犯的是普通受雇佣人员即非国家工作人员职务行为廉洁性。

（三） 受贿罪与公司、企业人员受贿罪、单位受贿罪和贪污罪的界限

受贿罪与公司、企业人员受贿罪的界限。这两个犯罪在主观方面、客观方面都有许多相似之处，主要区别是 :(1) 主体不同。受贿罪的主体是国家工作人员；公司、企业人员受贿罪的主体是公司、企业的工作人员。国有公司、企业中从事公务的人员和国有公司、企业委派到非国有公司、企业从事公务的人员受贿的，以受贿罪论，不构成公司、企业人员受贿罪。(2) 客体有所不同。受贿罪的客体是国家工作人员职务行为廉洁性；公司、企业人员受贿罪的客体是非国有公司、企业工作人员职务行为廉洁性。

受贿罪与贪污罪的界限。受贿罪与贪污罪在犯罪主体、客体、客观方面有许多相同和相似之处。二者的最主要区别是 :(1) 犯罪目的不同。贪污罪在主观上以非法占有自己主管、管理、经手的公共财物为目的；受贿罪在主观上则表现为以非法占有他人或者单位的贿赂为目的。(2) 行为对象不同。贪污罪的行为对象是公共财物；受贿罪的对象既包括公共财物，也包括公民私有的财物。(3) 行为方式不同。贪污罪使用侵吞、窃取、骗取等方法，非法占有自己主管、管理、经手的公共财物；受贿罪则是利用职务之便向他人索取财物，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益。

思考题 :

1.贪污罪的概念和构成特征是什么?

2.挪用公款罪的概念和构成特征是什么?

3.受贿罪的概念和构成特征是什么?

4.行贿罪的概念和构成特征是什么?处罚上有什么特殊规定？

参考书目：

1、王作富主编：《刑法》，中国人民大学出版社，1999 年 12 月第 1 版。

2、何秉松主编：《刑法教科书》，中国法制出版社，1997 年 12 月第 1 版。

3、杨春洗、杨敦先主编：《中国刑法论》，北京大学出版社，1998 年月第 2 版。

4、郭立新、杨迎泽主编：《刑法分则适用疑难问题解》，中国检察出版社，2000 年 1 月第 1 版。

5、刘亚平编著：《刑法分则案例教程》，中国政法大学出版社，1999 年 8 月第 1 版。

6、陈兴良、曲新久著：《案例刑法教程》，中国政法大学出版社，1994 年 5 月第 1 版。

7、黄京平主编：《以案说法》(刑法篇)，中国人民大学出版社，1998 年 5 月第 1 版。

第十九章　渎职罪

教学目的与要求：让学生全面掌握本章重点罪的概念、构成特征和相近罪的区别。让学生一般了解本章其它罪。

教学重点：滥用职权罪；玩忽职守罪；故意泄漏国家秘密罪；徇私枉法罪；枉法裁判罪；私放在押人员罪；非法批准征用、占用土地罪；放纵走私罪。滥用职权罪与玩忽职守罪的界限；玩忽职守罪与重大责任事故罪的界限；徇私枉法罪与枉法裁判罪的界限。

教学难点：滥用职权罪；玩忽职守罪；徇私枉法罪；枉法裁判罪。滥用职权罪与玩忽职守罪的界限；徇私枉法罪与枉法裁判罪的界限。

教学方法：讲授

学　时：4 学时（第 16 周）

第一节　渎职罪概述

一、渎职罪的概念

渎职罪，是指国家机关工作人员滥用职权、玩忽职守，或者利用职权徇私舞弊，违背公务职责的公正性、廉洁性、勤勉性，妨害国家机关正常的职能活动，严重损害国家和人民利益的一类犯罪行为。

二、渎职罪的特征

（一）本类罪的犯罪主体，除个别犯罪外，都是特殊主体，即国家机关工作人员。这里所谓国家机关工作人员，特指第 9 3 条第 1 款规定的“国家机关中从事公务的人员”, 不包括该条第 2 款规定的以国家工作人员论的人员，即“国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员，以及其他依照法律从事公务的人员”, 在渎职罪一章中，比较分明地体现了“政企分离”的原则。国家机关工作人员以外的国家工作人员渎职的，依照其他章节的规定定罪处罚。

渎职罪主体的唯一例外是第 3 9 8 条第 2 款关于泄露国家秘密罪主体的规定，即非国家机关工作人员犯泄露国家秘密罪的，依照该条第 1 款规定酌情处罚。

（二）渎职罪侵犯的客体是国家机关的正常职能和人民利益。□这是本类犯罪区别于其他类犯罪的本质特征。国家机关担负着政治、经济、文化等多方面的基本职能。这些职能的正常行使，是实现国家机关各项任务的重要保证。国家机关工作人员背离国家机关的活动准则，违背公务职责的公正、廉洁、勤勉性，滥用职权、玩忽职守，或者徇私舞弊、以权谋私或者泄露国家秘密等，必然会使国家机关的正常职能活动遭到破坏，使人民利益受到损害。

（三）主观方面既有故意也有过失。典型的过失，通常具有对待职责马虎草率、漫不经心或者自以为是、恣意妄为、严重不负责任的心理。典型的故意则通常具有徇私舞弊之“徇私”的动机。这里所说的故意、过失主要是对渎职行为所造成之损害结果的心态，而非对待渎职行为本身的态度。在这种场合，行为人对渎职行为本身是故意还是过失并非是确立罪过形式的主要因素。

（四）客观方面主要表现为两大类渎职行为：一是自以为是滥用职权或者不负责任、玩忽职守，其中以《刑法》第３９７条第１款所规定的滥用职权、玩忽职守罪最具一般性和代表性；二是利用职权徇私舞弊，其中以第３９７条第２款所规定的徇私舞弊罪最具一般性和代表性。

第二节　渎职罪分述

一、重点罪（滥用职权罪；玩忽职守罪；徇私枉法罪；放纵走私罪；招收公务员、学生徇私舞弊罪）

（一）滥用职权罪

1.定义

滥用职权罪，是指国家机关工作人员滥用职权，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。

2.特征

（１）主体为特殊主体，即国家机关工作人员。国家机关是指国家权力机关、各级行政机关和各级司法机关，因此，国家机关工作人员，是指在各级人大及其常委会、各级人民政府和各级人民法院和人民检察院中依法从事公务的人员。

（２）客体是国家机关的正常活动。由于国家机关工作人员故意逾越职权，致使国家机关的某项具体工作遭到破坏，给国家、集体和人民利益造成严重损害，从而危害了国家机关的正常活动。本罪侵犯的对象可以是公共财产或者公民的人身及其财产。

（３）主观方面是过失，即行为人应当预见自己滥用职权的行为可能致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失，或者已经预见而轻信能够避免，以致这种重大损失发生的严重不负责任的心理态度。行为人滥用职权的行为本身往往是故意的，但对损害结果，则是过失的。

（４）客观方面表现为滥用职权，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。滥用职权，是指不法行使职务上的权限的行为，即就形式上属于国家机关工作人员一般职务权限的事项，以不当目的或者以不法方法，实施违反职务行为宗旨的活动。首先，滥用职权应是滥用国家机关工作人员的一般职务权限，如果行为人实施的行为与其一般的职务权限没有任何关系，则不展于滥用职权。其次，行为人或者是以不当目的实施职务行为或者是以不法方法实施职务行为；在出于不当目的实施职务行为的情况下，即使从行为的方法上看没有超越职权，也属于滥用职权。最后，滥用职权的行为违反了职务行为的宗旨，或者说与其职务行为的宗旨相悖。滥用职权的行为主要表现为以下几种情况：一是超越职权，擅自决定或处理没有具体决定、处理权限的事项；二是玩弄职权，随心所欲地对事项作出决定或者处理；三是故意不履行应当履行的职责，或者说任意放弃职责；四是以权谋私、假公济私，不正确地履行职责。

滥用职权的行为，必须致使公共财产、国家和人民利益造成重大损失的结果时，才构成犯罪。所谓重大损失，是指给国家和人民造成的重大物质性损失和非物质性损失。物质性损失一般是指人身伤亡和公私财物的重大损失，是确认滥用职权犯罪行为的重要依据；非物质性损失是指严重损害国家机关的正常活动和声誉等。认定是否重大损失，应根据司法实践和有关规定，对所造成的物质性和非物质性损失的实际情况，并按直接责任人员的职权范围全面分析，以确定应承担责任的大小。

根据l999年９月16日最高人民检察院发布施行的《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定》（试行）的规定，涉嫌下列情形之一的，应予立案：（１）造成死亡１人以上，或者重伤２人以上，或者轻伤

5 人以上的 ;(2) 造成直接经济损失 20 万元以上的 ;(3) 造成有关公司、企业等单位停产、严重亏损、破产的 ;(4) 严重损害国家声誉，或者造成恶劣社会影响的 ;(5) 其他致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的情形 ;(6) 徇私舞弊，具有上述情形之一的。

滥用职权行为与造成的重大损失结果之间，必须具有刑法上的因果关系。滥用职权行为与造成的严重危害结果之间的因果关系错综复杂，有直接原因，也有间接原因；有主要原因，也有次要原因；有领导者的责任，也有直接责任人员的过失行为。构成本罪，应当追究刑事责任的，则是指滥用职权行为与造成的严重危害结果之间有必然因果联系的行为。否则，一般不构成滥用职权罪，而是属于一般工作上的错误问题的，应由行政主管部门处理。

3．认定

（1）根据本条规定，成立滥用职权罪，首先必须有滥用职权的行为，如果行为人没有滥用职权，完全是在具体的职权范围内处理事项，则不能认定为滥用职权罪。但另一方面，不能为了给行为人开脱罪责，而扩大行为人的具体的职权范围；也不能以属于官僚主义为由开脱行为人的罪责，官僚主义不是法律用语，但官僚主义行为中包括了滥用职权的行为，因而包括了犯罪行为。成立滥用职权罪，其次要求行为造成重大损失，对于没有造成重大损失的滥用职权行为，不能认定为滥用职权罪。但另一方面，对作为本罪构成要件的“重大损失”, 不能单纯理解为有形的损失，而应包括无形的损失。

（2）本条关于滥用职权罪的规定属于普通法条，此外，本法还规定了其他一些特殊的滥用职权的犯罪即特别法条。国家机关工作人员滥用职权的行为触犯特别法条时，也可能同时触犯本条的普通法条。在这种情况下，应按照特别法条优于普通法条的原则认定犯罪，即认定为特别法条规定的犯罪，而不认定为本罪。例如，林业主管部门的工作人员违反森林法的规定，超过批准的年采伐限额发放林木采伐许可证或者违反规定滥发林木采伐许可证，情节严重，致使森林遭受严重破坏的行为，是滥用职权的行为，但由于本法第 407 条将其规定为独立犯罪，故对该行为适用本法第 407 条，不能认定为滥用职权罪。

（3）行为人接受他人的贿赂后又滥用职权给他人谋取利益并致使公共财产、国家和人民的利益遭受重大损失的，则同时触犯本罪与受贿罪。这时，滥用职权为他人谋取利益的行为只不过是受贿得以实现的条件，因此，只要能构成受贿罪，滥用职权的行为不再具有独立的意义，对之应以受贿罪从重论处。如果收受的贿烙不大不能构成受贿罪的，则应依本罪治罪，而不能不以犯罪论处，从而轻纵犯罪。

（4）行为人利用职权侵吞、骗取公共财物，从本质上讲亦具有滥用职权的性质，如果因其贪污行为又致使其他公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的，则同时触犯本罪与贪污罪，属想象竞合，对之宜择一重罪以后者等处罚。

4．处罚

第 3 9 7 条第 1 款规定，犯滥用职权罪的，处 3□年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。情节特别严重主要是指致使公共财产、国家和人民利益遭受的损失特别严重。此外行为人滥用职权 的严重程度以及行为人的动机是否恶劣，□也是判断情节是否特别严重的重要因素。

（二）玩忽职守罪

玩忽职守罪，是指国家机关工作人员玩忽职守，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。

2.特征

（ 1 ）主体为特殊主体，即国家机关工作人员。

（ 2 ）客体是公务职责的公正、勤勉性和国家机关的正常职能活动。

（ 3 ）主观方面是过失，即行为人应当预见自己玩忽职守的行为可能致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失，或者已经预见而轻信能够避免，以致这种重大损失发生的严重不负责任的心理态度。行为人玩忽职守的行为本身往往是故意的，但对损害结果，则是过失的。

（４）客观方面表现为玩忽职守，致使公共财产和人民利益遭受重大损失的行为。所谓玩忽职守，是指严重不负责任，不履行或者不正确履行职责，通常表现为放弃、懈怠职责，或者在工作中马虎草率、敷衍塞责，不认真、正确地做好本职工作。所谓致使公共财产和人民利益遭受重大损失，是指因玩忽职守造成以下危害结果之一：①死亡１人以上，或者重伤３人以上或者轻伤１０人以上的；②直接经济损失１０万元以上的。所谓直接经济损失，是指与行为有直接因果关系造成的公共财产损毁、减少的实际价值。行为人造成的直接经济损失是行为人确实无法挽回的那部分经济损失；当行为人无法挽回的直接经济损失达到５万元的，应予立案。在对外贸易和购销活动中，涉及合同纠纷，属于违反合同的民事责任，通过调解、仲裁或者经人民法院裁决违约方赔偿损失的财物，可折抵直接经济损失。立案前或者立案后，司法机关追回的赃款、赃物、挽回的经济损失，仍计算为行为人造成的直接经济损失，但在处理时可作为从轻情节考虑。直接经济损失是定罪的主要依据。其他损失为间接经济损失，是定罪考虑的情节。

③造成直接经济损失、人员伤亡的虽不是规定数额或者数量，但是情节恶劣，使工作、生产受到重大损害或者严重社会影响的。

3.处罚

第３９７条第１款规定，犯玩忽职守罪的，处 3□年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处３年以上７年以下有期徒刑。情节特别严重主要是指致使公共财产、国家和人民利益遭受的损失特别严重。此外行为人严重不负责任玩忽职守的程度以及行为人的动机是否恶劣，也是判断情节是否特别严重的重要因素。

（三）徇私枉法罪

1.定义

徇私枉法罪是指司法工作人员徇私枉法、徇情枉法，在刑事诉讼中，对明知是无罪的人而使他受追诉、对明知是有罪的人而故意包庇不使他受追诉，或者在刑事、民事、行政审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判的；在执行判决、裁定活动中，严重不负责任或者滥用职权，不依法采取诉讼保全措施、不履行法定执行职责，或者违法采取诉讼保全措施、强制执行措施，致使当事人或者其他人的利益遭受重大损失的行为。

2.特征

(1)主体限于司法工作人员。根据刑法第 94 条规定：司法工作人员是指有侦查、检察、审判、监管职责的人员。本罪的主体主要是司法工作人员中从事侦查、检察、审判工作的人员。包括公安、国安、监狱、军队保卫部门、人民检察院中的侦查人员；人民检察院包括铁路运输检察院、林业检察院等专门检察院的检察人员；人民法院的审判人员。非上述机关人员或者虽为上述机关中的工作人员但不负有侦查、检察、审判、监管职责如工会、党委、司法行政等人员，一般也不能成为本罪主体，构成本罪的，必是共同犯罪。侦查人员，即对刑事案件行使侦查权的专门机关的工作人员，如公安机关和人民检察院负责侦查工作的人员。其职权是搜集证据，揭露和证实犯罪，查缉犯罪嫌疑人，并实施必要的强制措施。检察人员，主要是指检察员或负有检察职责的人员。他们的职责是对检察院直接受理和公安机关移送的刑事案件进行侦查、补充侦查、审查起诉、提起公诉和出庭支持公诉等，根据宪法和法律的规定，对公安机关的侦查、人民法院的审判活动以及案件判决、裁定的执行和监狱、看守所、劳改等是否合法，实行监督。审判人员，是指在法院行使审判权的工作人员。只有上述人员，才有可能在立案、侦查、预审、起诉、审判活动中徇私枉法、徇情枉法。

（３）主观方面是故意。即明知案件的事实真相，出于屈从私利、私情的动机，而有意枉法追诉、包庇、裁判。徇私、徇情的动机是各种各样的，有的是贪图钱财、女色；有的是袒护、包庇亲友、同事或者泄愤报复。如果不是出于故意、不具有徇私、徇情的动机，而是由于行为人不了解事实真相或者工作能力低，以致认定事实和运用法律错误的，则不能认为是徇私枉法。

（3）客观方面表现为利用司法上的职务之便，□进行枉法追诉或者枉法裁判的行为。具体表现为利用司法职务上的便利，实施以下 5 枉法行为：①对明知无罪的人而使他受追诉，即对没有实施危害社会行为，或者第

13条规定，情节显著轻微危害不大，不认为犯罪以及其他依照刑法规定不负刑事责任的人，采取伪造、隐匿、毁灭证据或者其他隐瞒事实、违背法律的手段，以追究刑事责任为目的进行侦查（含采取强制性措施）、起诉、审判等追诉活动。②对明知有罪的人而故意包庇不使他受追诉。这是指对有确凿事实证明其实施犯罪的人，采取伪造、隐匿、毁灭证据或者其他隐瞒事实、违背法律的手段，故意包庇使其不受侦查（含采取强制措施）、起诉或者审判；故意包庇不使受追诉的犯罪事实，既可以是全部的犯罪事实，也可以是部分犯罪事实或情节。另外，故意违背事实真相，违法变更强制措施，或者虽然采取强制措施，但实际放任不管，致使人犯逃避刑事追诉的，亦属枉法包庇的情形。③在刑事审判活动中故意违背事实和法律枉法裁判，这是指枉法进行裁定、判决，使有罪判无罪、无罪判有罪或者重罪轻判、轻罪重判。根据1999年9月l6日最高人民检察院发布施行的《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定》（试行）的规定，涉嫌下列情形之一的，应予立案：（1）对明知是无罪的人，采取伪造、隐匿、毁灭证明或者其他隐瞒事实、违背法律的手段，以追究刑事责任为目的进行立案、侦查（含采取强制措施）、起诉、审判的；（2）对明知是有罪的人，即对明知有犯罪事实需要追究刑事责任的人，采取伪造、隐匿、毁灭证据或者其他隐瞒事实、违背法律的手段，故意包庇使其不受立案、侦查（含采取强制措施）、起诉、审判的；（3）在立案后，故意违背事实和法律，应该采取强制措施而不采取强制措施，或者虽然采取强制措施，但无正当理由中断侦查或者超过法定期限不采取任何措施，实际放任不管，以及违法撤销、变更强制措施，致使犯罪嫌疑人、被告人实际脱离司法机关侦控的；（4）在刑事审判活动中故意违背事实和法律，作出枉法判决、裁定，即有罪判无罪、无罪判有罪，或者重罪轻判、轻罪重判的；（5）其他枉法追诉，不追诉、枉法裁判行为。④在刑事、民事、行政审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判的行为。⑤在执行判决、裁定活动中，严重不负责任或者滥用职权，不依法采取诉讼保全措施、不履行法定执行职责，或者违法采取诉讼保全措施、强制执行措施，致使当事人或者其他人的利益遭受重大损失的行为。

（4）客体客体是国家司法机关的正常活动。司法机关是人民民主专政的重要工具，是国家机构的重要组成部分，具有保护人民、打击敌人，制裁犯罪，保护社会主义四化建设的职能。司法工作人员，手中握有执法权，依法享有侦查、预审、逮捕、起诉、审判的权力。这就需要他们在执法时，刚正不阿，忠于国家和人民的利益，忠于法律制度，忠于事实真相，严格依法办事，力求做到事实清楚，证据确凿，定性准确，程序合法，不枉不纵。如果他们滥用职权徇私枉法，就会破坏国家司法机关的正常活动，损害它在人民群众中的威信，破坏社会主义法制。

所谓司法机关是指行使国家赋予审判和法律监督权力的机关。在我国是人民法院、人民检察院和公安机关的总称。人民法院是国家的审判机关，依法行使审判权；人民检察院是国家的法律监督机关，依法行使检察权；公安机关是公安机关，负责部分刑事案件的侦查、拘留、预审。公、检、法三机关实行分工负责、互相配合、互相制约。

4.认定

（1）划清罪与非罪的界限。确定依法追究徇私枉法者的刑事责任，要综合考虑其行为给国家、社会和人民利益造成的损失，给有关当事人的人身、财产等方面的权益造成的损失，以及造成的政治影响等方面的情况。情节显著轻微、危害不大的，不应以徇私枉法罪追究刑事责任。司法工作人员如果不是出于徇私、徇情动机，造成错押、错捕当事人的，一般不构成本罪，但应根据不同情节，区别对待。对于出于严重官僚主义，极端不负责，草率从事，造成严重后果的，可按玩忽职守罪论处；对于情节严重，造成一定后果，可由所在单位酌情给予行政处分；对于因缺乏经验，思想方法主观片面，或因任务紧，案件多而粗枝大叶，调查研究不深人细致，事实证据不清，或因政策水平低，缺乏专业能力等原因而造成的，则应作为一般工作错误，给予批评教育，使其总结经验教训，提高政策水平和业务能力，改进工作；必要时，予以纪律处分。由于隶属关系，不得不执行上级错误命令，造成错案，如果不具有徇私枉法的共同故意和行为，也不能以徇私枉法罪追究刑事责任。

（2）划清本罪与帮助毁灭、伪造证据罪的联系与区别。司法工作人员在徇私枉法的行为过程中，可能采取

毁灭、伪造证据的方法进行枉法追诉、裁判，这与帮助毁灭、伪造证据罪相似。二者的主要区别是：(1)本罪的毁灭、伪造证据行为是作为徇私枉法犯罪的方法行为，在实行徇私枉法犯罪过程中实施的；而后罪则不是在徇私枉法犯罪过程中实施的。(2)本罪毁灭、伪造证据的行为必须利用司法职权；而后者则无此限制。在徇私枉法的犯罪过程中，利用司法职权毁灭、伪造证据的，实质属于方法行为牵连到帮助毁灭、伪造证据罪，应择较重的罪，即本罪论处。

(3)徇私枉法罪与诬告陷害罪的界限

其区别在于：1、犯罪的主体不同。本罪的主体一般是司法工作人员；而诬告陷害罪的主体是一般主体。2、犯罪的客体不同。本罪所侵犯的客体是司法机关的正常活动；而诬告陷害罪虽然也妨害司法机关的正常工作，但主要侵犯的是他人的人身权利。3、犯罪的客观不同。本罪在客观上表现为利用职权使无罪的人受追诉，便有罪的人不受追诉，其行为一定与职务活动有关；而犯诬告陷害罪的行为人在客观上主要表现为捏造他人犯罪的事实加以告发。它与行为人是否担任职务或担任何种职务无关。如果司法工作人员不是利用职务之便，而是捏造犯罪事实，诬告陷害他人，则不能构成徇私枉法罪，而只能以诬告陷害罪论处。

(4)划清本罪与伪证罪的界限。伪证罪与徇私枉法罪，均为特殊主体，均有陷害或包庇的目的，均发生于刑事诉讼过程中，均可能有妨害证据的行为，极为近似。主要区别在于：1、主体不同、徇私枉法罪的主体限于有侦查、起诉、审判等司法职责的人员，通常为公安、国家安全人员、检察员、审判员及陪审员；而伪证罪的主体为证人、鉴定人、翻译人和记录人。2、客观方面不同，徇私枉法罪在客观上须有利用职务上的便利，实施徇私、徇情枉法的行为；而伪证罪除鉴定人、翻译人、记录人具有一定的身份，并有可能利用职务之便作伪证外，证人只是具有证人的身份，了解案件情况的人，不要求身份条件和具有利用职务之便的行为。本罪的犯罪手段广泛，除在制造伪证、隐匿、销毁证明材料上与伪证罪相同外，还可以在起诉、审判过程中曲解或滥用法律条文，玩弄或违反诉讼程序，使无罪的人受追诉、使有罪的人不受追诉：而伪证罪的行为人只能在侦查、审判过程中作虚假证明、作不符合事实的记录、作违背事实的鉴定、作不符合原意的翻译。3、侵犯的客体不同，徇私枉法罪是一种滥用司法职权的行为；而伪证罪是一种妨害司法活动的行为。

(5)徇私枉法罪与包庇罪的界限

主要区别在于：1、犯罪主体不同。本罪的主体，只能是司法工作人员，是特殊主体；而包庇罪是一般主体，即只要达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力的人，都可以构成。2、犯罪手段不同。包庇罪通过作假证明、帮助毁灭罪迹、隐藏或毁灭罪证等手段，实现包庇行为，不要求利用职务之便进行包庇；而本罪的包庇手段，必须是利用职务之便，通过办案活动，实现包庇罪犯的目的。3、犯罪发生的时间不同。犯包庇罪的人实施包庇行为，可以在犯罪分子犯罪后的任何阶段实施，既可能在侦查、预审、起诉、审判阶段实施，也可能在判决之后实施；而犯徇私枉法罪的人的包庇行为，一般发生在判决之前。如果司法工作人员在判决生效之后，实施舞弊行为，放走罪犯，使其逃脱惩罚的，则构成私放在押人员罪，而不能以本罪论处。

(6)本罪与受贿罪的联系与区别。司法工作人员因受贿而枉法追诉、裁判的，依照处罚较重的规定定罪处罚，不实行数罪并罚。

(7)本罪的既遂与未遂

本罪属于行为犯，即司法工作人员只要对明知是无罪的人实施了足以使他受到追诉的行为，或者对明知是有罪的人实施了足以使其不受到追诉的行为，或者实施了违背事实私法律的裁判，完成了全部法定行为，无沦上述行为是否达到目的，均为本罪既遂。若司法工作人员布实施徇私枉法、徇情枉法行为过程中，由于意志以外的原因，如被他人发现检举，或犯罪嫌疑人、被告人自首，或行为人工作发生变动而未能继续完成法定行为，其已经实施的行为又不足以达到徇私枉法、徇情枉法的目的，为本罪未遂。

4.处罚

第399条规定，在刑事案件中犯徇私枉法罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处5年以

上 10 年以下有期徒刑；情节特别严重的，处 10 年以上有期徒刑。情节严重，主要是指从动机、手段、后果等方面综合考虑比较恶劣、严重，如因贪赃、贪图女色而枉法的；采取了伪造、毁灭重要证据的方式或刑讯的方式枉法的；给国家和人民利益造成较大损失的；给有关当事人的人身、财产权益造成较严重损害的等。情节特别严重，主要是从犯罪的动机、手段、后果等方面综合判断特别恶劣、严重，如徇私枉法行为造成重大冤、假、错案，给国家和人民利益造成特别严重的损失或者给有关当事人的生命、人身、财产造成特别重大损害的；徇私枉法包庇重大的犯罪分子，致使犯罪集团的首要分子、惯犯、累犯以及其他罪行特别严重的罪犯逃避法律惩罚的；徇私枉法的动机特别卑劣、手段特别恶劣，造成极为恶劣的社会影响或其他严重后果的等。在民事、行政审判活动中故意作枉法裁判，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处五年以上十年以下有期徒刑。在执行判决、裁定活动中，严重不负责任或者滥用职权，不依法采取诉讼保全措施、不履行法定执行职责，或者违法采取诉讼保全措施、强制执行措施，致使当事人或者其他人的利益遭受重大损失的，处五年以下有期徒刑或者拘役；致使当事人或者其他人的利益遭受特别重大损失的，处五年以上十年以下有期徒刑。

（四）放纵走私罪

1.定义

放纵走私罪，是指海关工作人员为贪图钱财、袒护亲友或者其他私情私利，明知是走私行为而予以放纵，使之不受追究，情节严重的行为。

2.特征

（1）主体为特殊主体，即海关工作人员。

（2）客体是国家海关机关的管理职能。海关是国家的进出境监督管理机关。它依照我国《海关法》和其他法律、法规，主要从事监管进出境的运输工具、货物、行李物品、邮递物品和其他物品，征收关税和其他税、费，查缉走私等海关业务。加强海关的管理，对维护国家的主权和利益，促进对外经济贸易和科技文化交往，保障社会主义现代化建设，具有重要作用。海关工作人员徇私舞弊，放纵走私，不仅纵容走私违法犯罪行为，破坏了海关监督秩序，使国家海关法律、法规的顺利实施受到严重干扰，还损害了国家机关特别是海关的威信。《海关法》第 56 条规定，海关工作人员放纵走私的，根据情节轻重，给予行政处分或者依法追究刑事责任。

（3）主观方面是故意，即明知他人有走私行为而不予以查究或者使之不受查究。过失不构成本罪。至于行为人的犯罪动机是徇私，有的是为了贪图钱财等不法利益，有的是因碍于亲朋好友情面而徇私舞弊，有的是出于报复或嫉妒心理而徇私舞弊等。

（4）客观方面表现为海关工作人员，徇私舞弊，放纵走私，情节严重的行为。

海关工作人员徇私舞弊行为，首先必须是利用职务之便进行的。所谓利用职务之便，是指利用职权或者与职务有关的便利条件。职权是指本人职务范围内的权利；与职务有关的便利条件是指虽然不是直接利用职权，但是利用了本人的职权或地位形成的便利条件。

放纵走私，是指海关工作人员为贪图财物、袒护亲友或者其他私情私利，对明知是走私行为而予以放纵的行为。情节严重的行为，主要表现为海关工作人员，出于徇私情、图私利的动机，有法不依，有章不循，利用职权，对具有走私行为和走私犯罪的人故意包庇、放纵，对应该查处的不予查处、应该处罚的不予处罚、应该依法移交司法机关追究刑事责任的不移交的行为。徇私舞弊的方法，通常表现为搜集、制造提供假证据材料，篡改、毁灭证实真相的证据材料，歪曲事实，或者通风报信、私放、窝藏走私分子或者私放走私货物进出国（边）境等方法，纵容走私违法犯罪活动。需要注意的是，海关工作人员徇私舞弊，放纵走私的行为，一般只能发生在侦查或者查处阶段。

海关工作人员徇私舞弊、放纵走私的行为只有在情节严重时才构成犯罪，所谓情节严重，是指：多次放纵走私；放纵多名走私行为人；放纵走私犯罪分子；放纵走私行为造成严重后果的。根据 1999 年 9 月 16 日最高

人民检察院发布施行的《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定》(试行)的规定，涉嫌下列情形之一的，应予立案：

(1)放纵走私犯罪的；

(2)因放纵走私致使国家应收税额损失累计达10万元以上的；

(3)3次以上放纵走私行为或者一次放纵3起以上走私行为的；

(4)因收受贿赂而放纵走私的。

依据第411条规定，放纵走私行为情节严重的才能构成犯罪。所谓情节严重，一般是指多次放纵走私，累计偷逃税款5万元以上的；因收受贿赂而放纵走私的。

3．认定

(1)放纵走私罪与非罪的界限

如果行为人主观上不是明知，而是由于其业务知识、经验不足，或者是调查研究不够充分，工作作风不够深入，思想方法简单等造成认识偏颇而发生的错误行为，即使造成一定危害后果的，一般也不构成犯罪，如果情节严重或者造成重大后果而构成其他犯罪的，应以其他相应犯罪论处。

(2)划清与走私共同犯罪的界限。如果海关工作人员事先与走私犯罪分子通谋,利用职务之便为走私货物、物品放行的，应当以走私罪的共犯论处。

(3)本罪与徇私舞弊不移交刑事案件罪的联系与区别。

存在以下明显的区别：1、主体不同。本罪主体仅限于海关工作人员；而后者则为行政执法人员，包括前者在内但比前者广泛得多。2、客观方面不同。本罪表现为徇私舞弊，放纵走私，情节严重的行为；而后者则表现为徇私舞弊，对依法应当移交司法机关追究刑事责任的不移交，情节严重的行为。显然，本罪一般是纯正的不作为，即对走私行为完全不采取措施，予以放纵；后者则对走私行为作了处罚，只不过是应当移交司法机关而未移交。3、对象不同。本罪对象为走私分子，既可以是具有走私行为但不构成走私犯罪的一般违法分子，又可以是走私犯罪分子；而后者则必须是走私犯罪分子，否则，即不可能构成其罪。

海关工作人员,□在查处走私活动时发现走私犯罪行为予以放纵的，既属于放纵走私也属于不移交刑事案件。鉴于放纵走私是较为特殊的犯罪类型，其处罚较重，故应以放纵走私罪论处。

4.处罚

第411条规定，犯放纵走私罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处5年以上有期徒刑。情节特别严重，主要指放纵严重的走私犯罪分子；或者放行数额特别巨大的走私货物、物品；给国家造成特别巨大的经济损失等等。

(五)招收公务员、学生舞弊罪

1.定义

招收公务员、学生舞弊罪，是指国家机关工作人员在招收公务员、学生工作中徇私舞弊，情节严重的行为。

2.特征

(1)主体为特殊主体，即国家机关工作人员。通常是涉及招收公务员、学生的机关、单位、教育管理部门的工作人员；还涉及人事管理、档案管理、考试考核管理以及其他具有招收、录取直接责任的人员。 负有特定招收公务员、学生职责的国家机关工作人员，主要是负责招收公务员、招生的国家机关工作人员，如各级人民政府中的人事部门、教育行政管理部门的工作人员。其他国家机关如果向社会公开招考公务人员，其工作人员如果徇私舞弊，情节严重的，亦可构成本罪，其他人员不能成为本罪主体。

(2)客体是招收公务员、学生的制度。招收工作关系到招收对象的前途和命运,是一项政策性很强的工作，在招考工作中的徇私舞弊，严重破坏了国家对招收公务员、学生招考制度，妨害了国家对人才的选拔、培养，危害了国家机关的管理活动。因此，对招收公务员、学生工作中的徇私舞弊情节严重的行为予以刑罚制裁，对

严肃招考和维护国家人才、干部选拔培养制度，以及反腐倡廉、净化社会风气，促进社会主义精神文明建设都具有十分重要的意义。

（3）主观方面是故意，并且具有徇私的动机。故意的内容是为了徇私，明知自己的行为属于舞弊，会发生招收、录用、录取不符合条件的公务员、学生的结果，并且希望这种结果发生。过失不能构成本罪。

（4）客观方面表现为利用职务之便或者不依法履行职责，在招收公务员、学生工作中徇私舞弊，情节严重的行为。

所谓公务员，严格来讲是指各级行政机关中除工勤人员以外的依法从事公务的人员。但在本罪中宜作广义理解，其应是指各种国家机关包括党的机关、权力机关、行政机关、检察机关、审判机关、政治协商会议机关等中除工勤人员以外的依法从事公务的人员。所谓学生，包括大、中、小各级各类学校的学生，如研究生、大学生、中学生、小学生等。既包括普通高等、中等院校的学生，又包括成人高等、中等院校的学生。后者既包括脱产进修的成人学生，又包括不脱产而在职自修为主的学生如函授生。无论是哪类学生，都必须是需经过考试和按规定条件录取的学生。所谓招收，是指通过考试按照国家规定的条件予以录用、录取。既包括向社会公开招考，亦包括在某一范围内进行招收，但不包括某一单位的内部考试以录用人员。所谓徇私舞弊，是指出于个人目的，将不符合招收条件的人员予以录用或录取。其方式可多种多样，有的是篡改年龄如加大年龄或者降低年龄；有的篡改考试成绩；有的是隐瞒不良表现如违法犯罪行为；有的是伪造体检表、个人履历表及立功受奖记录；有的是篡改档案材料；有的是故意排挤符合条件的候选人以便让不符合条件的人补缺；如此等等，但无论其方式如何，其目的都是为将不符合条件的情况隐瞒或者伪装为符合条件，以违反规定予以录用、录取。

根据第 418 条的规定，在招收公务员、学生工作中徇私舞弊的行为必须情节严重的才构成犯罪。所谓情节严重，主要是多次招收或者一次招收多名不合格的公务员、学生的；采取伪造、篡改履历表、排名资格、政审表、体检表，伪造立功受奖记录，私改考试成绩等手段招收不符合规定条件的公务员、学生的；因索取或者收受贿赂而招收不符合条件的公务员、学生的；因招收不合条件者导致被排挤的合格人员及其亲属精神失常或者死亡的；因招收不合条件者，影响恶劣的。

根据 l999 年 9 月 16 日最高人民检察院发布施行的《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定》（试行）的规定，涉嫌下列情形之一的，应予立案：1、徇私情、私利，利用职务便利，伪造、变造人事、户口档案、考试成绩等，弄虚作假招收公务员、学生的；2、徇私情、私利，3 次以上招收或者一次招收 3 名以上不合格的公务员、学生的；3、因招收不合格的公务员、学生，导致被排挤的合格人员或者其亲属精神失常或者自杀的；4、因徇私舞弊招收公务员、学生，导致该项招收工作重新进行的；5、招收不合格的公务员、学生，造成恶劣社会影响的。

3.处罚

根据第 418 条规定，犯招收公务员、学生舞弊罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役。

二、重点界限

（一） 滥用职权罪与玩忽职守罪的界限

滥用职权主要表现为以作为的方式超越权限处理无权处理的事务或者不顾职责的程序和宗旨随心所欲地处理事务；玩忽职守主要表现为以不作为的方式不履行职责或者怠于履行职责。行为人仅有滥用职权行为造成重大损失的，可认定为滥用职权罪；仅有玩忽职守行为造成重大损失的，可定为玩忽职守罪；兼有两行为造成重大损失的，定滥用职权、玩忽职守罪。滥用职权和玩

忽职守在主观方面的差别主要是，主要是前者表现为对职权肆意妄为的态度；后者表现为严重不负责任的态度，但行为人对重大损失结果同样是过失的，不具有故意。

（二） 玩忽职守罪与重大责任事故罪的界限

从广义上讲本罪以造成重大损失为要件，亦属于一种责任事故型犯罪，与其他事故型犯罪所不同者，在于它是公务型责任事故。因此本罪与其他责任事故型犯罪有相似之处，认定时应予注意。这些事故型犯罪主要有《刑法》: 第１３１条之重大飞行事故罪、第１３２条之铁路运营事故罪、第１３４条之重大责任事故罪、第１３５条之重大劳动安全事故罪、第１３６条之危险物品肇事罪、第１３７条之工程重大安全事故罪、第１３８条之教育设施重大安全事故罪、第１３９条之消防责任事故罪、第３３０条之违反传染病防治规定罪、第３３１条之传染病菌种、毒种扩散罪、第３３５条之医疗事故罪、第３３８条之重大环境污染事故罪等。本罪与上述事故型犯罪的主要区别是 :(１) 主体不同，本罪主体为国家机关工作人员，而有关事故型犯罪的主体一般为厂矿企业事业单位的职工或者工作人员。(2)发生的场合不同，本罪发生于国家机关的公务活动过程中，而有关事故型犯罪，一般发生于生产、作业等业务活动中以及直接指挥生产、作业或者管理生产、作业等业务活动过程中。(３) 侵犯的客体不同，本罪侵犯的客体是国家机关的职能；而有关事故型犯罪侵犯的客体为公共安全、公共卫生或者自然环境的保护、管理秩序。

（三） 徇私枉法罪与枉法裁判罪的界限

二者均有徇私的动机和枉法裁判的行为，相当近似。主要区别是 : (1)行为发生的场合不同，枉法裁判罪限于发生在民事诉讼的审判活动中；而徇私枉法罪限于发生在刑事诉讼活动中。(2)构成犯罪的条件不同，构成枉法裁判罪以情节严重为要件；而徇私枉法罪无此要件的限定。

思考题：

1.渎职罪的概念和特征是什么？
2.滥用职权罪的概念和构成特征是什么?
3.玩忽职守罪的概念和构成特征是什么?
4.故意泄漏国家秘密罪的概念和构成特征是什么?
5.徇私枉法罪与枉法裁判罪的主要区别是什么？

参考书目：

1、王作富主编：《刑法》，中国人民大学出版社，1999 年 12 月第 1 版。
2、何秉松主编：《刑法教科书》，中国法制出版社，1997 年 12 月第 1 版。
3、杨春洗、杨敦先主编：《中国刑法论》，北京大学出版社，1998 年月第 2 版。
4、郭立新、杨迎泽主编：《刑法分则适用疑难问题解》，中国检察出版社，2000 年 1 月第 1 版。
5、刘亚平编著：《刑法分则案例教程》，中国政法大学出版社，1999 年 8 月第 1 版。
6、陈兴良、曲新久著：《案例刑法教程》，中国政法大学出版社，1994 年 5 月第 1 版。
7、黄京平主编：《以案说法》(刑法篇)，中国人民大学出版社，1998 年 5 月第 1 版。

第二十章　危害国家安全罪、危害国防利益罪、军人违反职责罪

教学目的与要求：让学生全面掌握本章重点罪的概念、构成特征和相近罪的区别。让学生一般了解本章其它罪。

教学重点：分裂国家罪；颠覆国家政权罪；投敌叛变罪；叛逃罪；间谍罪；为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪；阻碍军人执行职务罪；阻碍军事行动罪；投降罪；武器装备肇事罪。

教学难点：叛逃罪；阻碍军人执行职务罪；投降罪；武器装备肇事罪；投降罪与投敌叛变罪的界限；武器装备肇事罪与玩忽军事职守罪的界限。

教学方法：讲授

学　时：4 学时（第 17 周）

第一节　危害国家安全罪

一、危害国防利益罪概念和特征

危害国家安全罪，是指故意危害中华人民共和国国家安全的行为。本类犯罪的构成特征如下：

1.犯罪主体多为一般主体，不论是中国公民、外国公民还是无国籍人。少数犯罪要求特殊主体才能构成，如背叛国家罪、投敌叛变罪，只能由中国公民构成；而叛逃罪只能由具有国家工作人员身份的中国公民才能构成。

2.犯罪客体是中华人民共和国的国家安全。在国际法上，国家的存在必须具备四个方面的要素，包括领土、居民、政权和主权。所谓国家安全，主要是指这四个方面的要素分别保持安全的状态，特别是一个国家的领土完整、主权独立、政权和社会制度的稳定。国家安全受到威胁，则主要是国家领土的分裂，国家主权的丧失，国家政权的颠覆，以及社会制度的动摇等。有些犯罪侵犯的直接客体，还包含着与国家安全具有直接的紧密联系的国家利益。

3.犯罪主观方面只能由故意构成，过失不能构成。

4.犯罪客观方面表现为实施危害中华人民共和国国家安全的行为。其表现形式多种多样，为第 102 条至第 112 条明确规定的危害国家安全罪的具体行为。

二、重点罪

（一）背叛国家罪

1.定义

背叛国家罪，是指中国公民故意勾结外国或与境外机构、组织、个人相勾结，危害中华人民共和国的主权、领土完整和安全的行为。

2.特征

(1)主体是中国公民。从一般情况看，□主要是具有较高地位和掌握国家重要权力或是有一定影响的人。

(2)客体是中华人民共和国国家安全。具体表现是损害国家主权、□领土完整和安全。本罪直接威胁到国家生死存亡，是社会危害性最大、最严重的一种犯罪。

(3)主观方面是直接故意，间接故意或者过失不能构成本罪。

(4)客观方面表现为行为人勾结外国或者与境外机构、组织、个人相勾结，□危害国家主权、领土完整和安全的行为。

勾结外国，是指同敌视我国的外国政府、政党、组织相勾结。勾结外国的方式，可以秘密接触、信件往来或是其他共同策划、联系叛变国家的具体行为。只要实施了这些行为，即构成本罪，不要求产生危害后果，即为既遂。如果其行为仅有秘密筹划或计划，而没有实施勾结外国的行为，属于犯罪的预备。

3.认定

要正确地把握背叛国家罪与一般的违法行为的界限。背叛国家罪是危害性最严重的犯罪，是国家重点打击的犯罪，一般而言，只要勾结外国，准备或实施危害国家主权、领土完整和安全的行为，就构成本罪。但如果背叛国家的活动，情节显著轻微，危害不大，远未达到危害国家安全，使国家主权和领土完整被分割或丧失的程度，就不构成本罪。

4.处罚

第 102 条规定，犯此罪的，处无期徒刑或者 10 年以上有期徒刑。□对国家和人民危害特别严重，情节特别恶劣的，根据第 56 条、第 113 条规定，可以判处死刑，□可以并处没收财产，应当附加剥夺政治权利。第 102 条第 2 款规定，与境外机构、组织、个人相勾结，犯前款罪，依照前款的规定处罚。

（二）分裂国家罪

1.定义

分裂国家罪，是指组织、策划分裂国家、破坏国家统一的行为。

2.特征

(1)本罪的主体是一般主体。法律对此没有明确的规定，不过就一般情况而言，往往是一些具有较高的领导权力和职务、具有较高的社会地位或者政治影响的野心家，以及一些反动党派、组织或者反动的民族首领和民族分裂主义分子。这些人因为具有以上特点，因而从事破坏国家统一的行为的可能性和便利性要比一般人更大。当然，这并不排除一般人成为本最的主体。从西藏事件而言，以达赖喇嘛为首的流亡分子本身就是原来当地的最高宗教首领。因此，他们所造成的危害结果也相当严重。

(2)客体是国家的统一和安全。我国是一个多民族的国家，必须是团结、□统一的，一旦分裂就是对国家的安全和各民族的根本利益的严重威胁和破坏。

(3)主观方面是直接故意，而且有反动的动机和目的。□不论行为实施了哪种行为，都旨在破坏国家的安全和统一。

(4)客观方面表现行为人组织、策划、实施分裂国家、□破坏国家统一的行为。破坏国家统一是分裂国家的一种特殊形式或者结果，而分裂国家则是破坏国家统一的手段。这种手段可以表现为不同的方式，可能是以反动的武装政变以暴力行为进行叛乱的形式，企图推翻地方政府，另立伪政府，制造地方割据；也可能是与国外反动势力相勾结，制造地方独立，企图将地方划分出中国的行为；或者制造民族分裂、破坏民族团结，策划和实施民族独立的行为；以及直接干预和破坏祖国统一事业的行为。

具体而言，这是一种以分裂国家为目的而进行的窃据地方权力，拒绝中央人民政府的统一领导，脱离中央搞地方独立，或者割据一方领土，以及制造民族矛盾和民族分裂，破坏统一的多民族国家，包括破坏国家收复领土的统一大业，如破坏台湾顺利回归祖国导致领土分裂的行为。这里所谓的组织，是指为分裂国家而召集多人进行的一种行为或者活动。所谓策划，是指为分裂国家而密谋、筹划，如制定计划、研究方案。它是预备阶

段的一种行为。需要指出的是，参加组织、策划活动的一般为本罪的首要分子。所谓实施，是指个人或者有组织地将策划的内容付诸行动。组织、策划、实施分别属于本罪的不同形式和发展阶段，实行了三种行为中的任何一种、两种或者三种行为都属于法律明文规定的犯罪行为，都是一罪，不构成数罪。

3.认定

（1）罪与非罪的界限。本罪的行为表现是组织、策划、实施分裂国家、破坏国家统一，其行为的发展过程分析也可能是所列全部的犯罪行为内容，也可能仅停留在某一个阶段中，但根据立法本意均属分裂国家罪。

刑法规定，本罪既处罚首要分子或者罪行重大者，也处罚积极参加者和其他参加者。所谓的“首要分子”，是指在这种犯罪的集团中或者聚众犯罪中起组织、策划、指挥作用的犯罪分子。也就是说在此种犯罪中，往往多个人组成一个犯罪集团，进行长期的活动；而且在犯罪过程中，也可能因某种特定环境下出现聚众犯罪的情况。所谓“罪行重大”，是指除“首要分子”以外其他罪行比较严重的情况，比如：犯罪分子虽没有起组织、策划、指挥的作用，但在犯罪活动中起到主要作用，罪行比较严重。另外，还有“积极参加”和“其他参加者”的不同情形。所谓的积极参加，是指明知是分裂国家、破坏国家统一和安全的行为，还自愿参加、积极进行活动的行为；所谓其他参加者，是指不明真相，受骗上当参加，或是受胁迫、或是误入歧途者、或是仅有提名职务等。由于其状况不同，便产生了不同的处罚，积极参加的处罚要重于其他参加者；对于其他参加者的情况也会有不同的情节表现，因此对于这些构成情形，在定罪时就应加以区别对待。

（2）分裂国家罪与背叛国家罪的区别。①在犯罪客观方面的表现上，本罪不以勾结外国或者境外的机构、组织、个人作为犯罪构成的要件，而后者则必须表现为该种行为。可以说，前者是从内部分裂国家、破坏国家统一；而后者是借助外部势力危害国家安全。②这两个罪的主体不同。③两罪主观方面的表现不同。前者的故意内容是分裂国家、破坏国家统一；而后者的故意内容是勾结外国或者境外势力危害国家主权、领土完整和安全。

（3）本罪与其他危害国家安全的犯罪的界限。本罪与任何危害国家安全罪的共同点，首先在于危害的直接客体都是中华人民共和国的国家安全。在认定本罪的过程中需要明确，只有危害了本客体的行为才能认定为本罪。从主观上讲，本罪没有过失所为，都必须是出于故意，不论其犯罪动机和目的如何。从客观方面看，一方面分裂国家的手段多种多样，行为人只有实施了旨在分裂国家、破坏国家统一的组织、策划、实施的行为才能认定为本罪。另一方面，无论行为人的行为是否造成实际危害结果，只要行为人具有组织、策划、实施分裂国家的活动事实就认为构成本罪。台湾和西藏并没有像反动分子预期的那样从中国分离出去，但反动分子的行为仍构成了本罪。

4.处罚

第 103 条规定，犯本罪的，对首要分子或者罪行重大的，处无期徒刑或者 10□年以上有期徒刑；对积极参加的处 3 年以上 10 年以下有期徒刑；对其他参加的，处 3 年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。第 106 条规定，与境外机构、组织、个人相勾结，实施本条规定之罪的，第 103 条规定从重处罚。□发展国家和人民利益危害特别严重、情节特别恶劣的，处死刑。

（三）叛逃罪

1.定义

叛逃罪，是指国家机关工作人员在履行公务期间，擅离岗位，叛逃境外或者在境外叛逃，危害中华人民共和国国家安全的行为。

2.特征

(1)主体是特殊主体，必须是是国家机关工作人员以及掌握国家秘密的国家工作人员。其他人员或者因私出国未归者，不能构成本罪的主体。国家工作人员的范围，以第 93 条规定者为限。国家机关工作人员，是指在国家机关，包括国家权力机关、行政机关、审判机关、检察机关中依照法律从事公务的人员（军人叛逃的构成军

人违反职责罪）。从中国国情以及犯罪的实际情况考虑，中国共产党的各级机关、中国人民政治协商会议的各级机关中从事公务的人员，也应属于国家机关工作人员。本条第 2 款规定掌握国家秘密的国家工作人员可以成为本罪主体，第 2 款中所称国家工作人员，既指国家机关中从事公务的人员，也包括国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员，以及其他依照法律从事公务的人员。

(2)客体是国家安全的局部利益。国家机关工作人员在履行公务期间叛逃，□而不履行国家赋予的职责，势必对国家的局部利益造成危害，甚至泄露国家秘密，而对国家安全造成危害。随着我国对外开放的进一步扩大，各类出国人员日益增多，政治、经济、科技、文化等领域的交流越来越广泛，这对增进我国人民与世界各国人民的友谊，提高我国的国际地位，促进国内各项事业的发展，都起到了很好的作用。但是对外交往活动中也确实存在着一些值得注意的问题，其中最严重的就是我国国家工作人员，特别是掌握国家秘密的国家工作人员叛逃境外或者在境外叛逃，给我国国家安全造成难以估量的危害。特别是对那些叛逃后，一时尚未发现实施危害国家安全的行为，或者一时没有公开投靠境外机构、组织的国家工作人员，给我国国家安全、荣誉和利益造成重大危害。

(3)主观方面必须具备叛逃的故意，并且具有危害中华人民共和国安全的目的。被胁持、被诱骗者，不构成本罪。

(4)客观方面表现为行为人在履行公务期间，擅离岗位，□叛逃境外或者在境外叛逃，危害中华人民共和国国家安全的行为。履行公务，是指代表国家、政府依照职权从事公务或者接受委派执行任务。擅离岗位，是指未经合法批准，擅自离开工作岗位或者放弃执行的任务。叛逃境外，是指通过欺骗、偷渡、伪造证件等方式背叛祖国，逃至境外。在境外叛逃，是指国家工作人员在境外履行公务期间，背叛祖国，逾期不归，其叛逃行为危害了国家安全的行为，均构成本罪。至于叛逃目的地为敌方或者友方，只要达到危害国家安全的程度，不应影响本罪成立。

3.认定

①认定本罪应注意与投敌叛变罪的界限。一是犯罪主体不同，叛逃罪主体必须是国家机关工作人员，而投敌叛变罪只要是中国公民均可能构成。二是客观方面不同，叛逃罪的叛逃行为，投奔的不一定是敌对势力一方；而投敌叛变罪则是投奔敌方，是敌对营垒或是敌对武装力量。

②在实施叛逃以外，又实施了其他危害国家安全的犯罪行为，构成其他危害国家安全罪的，应实行数罪并罚。

③本罪与军人叛逃罪的界限。主要区别是犯罪主体不同，犯罪客体不同。两罪属于法条竞合关系，由于军人属于国家工作人员中更具特性，因此，军人叛逃罪应得到优先适用。

4.处罚

第 109 条规定，构成本罪的，处 5 年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利，情节严重的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑。□对掌握国家秘密的国家工作人员犯本罪的，从重处罚。第 56 条、第 113 条规定，实施第 109 条规定之罪的，应当附加剥夺政治权利，可以并处没收财产。

（四）间谍罪

1.定义

间谍罪，是指参加间谍组织或者接受间谍组织及其代理人的任务，或者为敌人指示轰击目标的行为。

2.特征

(1)主体是一般主体。凡是达到刑事责任年龄，具有刑事责任能力的自然人，可以是中国公民，也可以是外国人或无国籍人。法人不能成为间谍罪的犯罪主体。根据《国家安全法》的规定，境外机构、组织、个人，与境外机构、组织、个人相勾结的境内组织、个人，但本法第 30 条规定，公司、企业、事业单位、机关、团体实

施的危害社会的行为，法律规定为单位犯罪的，应当负刑事责任，而本条并未对单位犯罪作出规定。因此，单位不能成为间谍罪的犯罪主体。若发现机构、组织实施间谍行为的，其法律责任应由直接责任人员承担。

(2)客体是国家安全。即人民民主专政的国家政权和社会主义制度。国家安全是主权国家独立自主地生存和发展的保障，关系国家存亡的大事，世界上无论哪一个国家，都是将维护国家安全摆在首位，以巩固自己的政权。国家的长治久安和繁荣昌盛都是以国家安全得到保障为前提的，一些国家的灭亡，政权的丧失，也都是因为国家安全不能得到保障。因此，没有国家安全，就没有社会主义现代化建设和人民的一切。

国家安全是通过一个主权国家独立自主地生存和发展保障的具体对象表现出来的。国家安全受到侵犯，就是这些具体对象受到了侵害。

间谍，作为国家与国家或集团与集团之间进行军事、政治、外交斗争乃至经济、科技竞争的有效手段，是随着国家的产生而产生，是阶级斗争的产物。它以隐蔽的方式打人对方营垒以至高级机关，进行发展组织、窃取机密及其他各种破坏活动，以颠覆对方国家政权。使用间谍搞离间和颠覆活动，消灭异国，扩大势力范围，是一种不动兵戈，制服政敌的有效手法。间谍活动是隐蔽斗争的一种形式，是严重危害国家安全的犯罪行为。建国以来，境外间谍情报机关危害我国国家安全的活动从来没有停止过，隐蔽战线的斗争一直尖锐，复杂。特别是改革开放以来，境外间谍机关利用我国扩大对外交往的便利条件，派遣间谍入境，发展组织，建立据点、进行策反、渗透、窃密，甚至进行行动破坏，范围不断扩大，方式也更加多样。他们以公开掩护秘密，以合法掩护非法的活动方式，以外交官、记者、商人、访问学者、留学生或者旅游者等各种身份为掩护入境，打着新闻采访、经贸合作、投资办企业、友好往来、学术交流、观光旅游、探亲访友等旗号，向我国国家机构和各种组织进行渗透、颠覆政权、窃取国家秘密和情报，策反公职人员，进行暗杀、放火、爆炸、投毒、散布危害我国国家安全的谎言等行为，正是这些行为使国家机关、国家秘密、各类情报、国家工作人员等具体对象受到侵犯，从而使国家安全受到了侵害。这里所说的这些具体对象受到侵犯，并不要求一定具有物质性的损害结果。而只要行为人的行为危害或可能危害到这些对象，就可认定其行为侵害了我国国家安全。

(3)主观方面是故意，过失不构成本罪。其故意的内容表现为行为人明知是间谍组织，或者明知是间谍组织及其代理人任务等等而参加或者予以接受。至于行为人的动机，可以是多种多样的，有的出于图财，有的出于贪恋美色，有的出于出国或探亲方便，有的出于贪生怕死，有的出于推翻人民民主专政的政权和社会主义制度等等。无论行为人出于何种动机和目的，都不影响该罪的构成。

(4)客观方面表现为进行间谍活动，危害国家安全的行为。□间谍活动包括两中种类型的行为。一是参加间谍组织或者接受间谍组织及其代理人的任务的。所谓的间谍组织，是指外国政府或者境外敌对势力建立的旨在收集我国情报，进行颠覆破坏活动等危害我国家安全和利益的组织。参加间谍组织，是指通过履行一定的手续加入间谍组织成为间谍组织成员的行为。所谓间谍组织的代理人，是指受间谍组织或者成员的指使、委托、资助、进行或者授意、指使他人进行危害中华人民共和国国家安全的人。接受间谍组织及其代理人的任务，是指受间谍组织的命令、派遣、指使、委托为间谍组织服务，从事进行危害中华人民共和国国家安全的活动。 根据《中华人民共和国国家安全法实施细则》的规定，间谍组织的代理人，是指受间谍组织或者其成员的指使、委托、资助，进行或者授意、指使他人进行危害中华人民共和国国家安全活动的人，例如，某国记者，虽在组织上不隶属于该国间谍组织的成员，但其接受了该国间谍组织收集情报的任务，在此情况下，该记者可视为间谍组织的代理人。这里的代理人应是广义的，既可以是自然人，也可以是法人。在实践中，由于间谍组织代理人的情况比较复杂，根据《国家安全法实施细则》的规定，间谍组织代理人由中华人民共和国国家安全部确认。接受间谍组织及其代理人的任务，是指行为人受间谍组织(不管其是否正式加入)及其代理人的命令、派遣、指使、委托为间谍组织服务，进行危害国家安全的活动。实践中，境外间谍组织既有直接在我国境内秘密设立活动网点，直接派遣，又有大量通过境外其他机构如公司、记者站、商会等在境内设立分支机构或办事处，安插或委托具有合法身份的人作为其代理人进行活动。接受间谍组织代理人的任务，虽不是直接从间谍组织处受领任务，

实际上与接受间谍组织的任务毫无两样，只是多了一个中间环节，这正是间谍活动隐蔽性的体现。参加间谍组织或者接受间谍组织及其代理人的任务的，行为人只要实施了接受间谍组织或者代理人任务的行为，便满足了间谍罪的构成且既遂的要件。至于行为人是否实施接受的任务或完成程度，对间谍罪的成立且既遂不存在影响。而且，这种行为不需要行为人一定具有间谍的身份，即行为人有否参加间谋组织，不影响该罪的构成。二是为敌人指示轰击目标的行为。法律未对轰击目标的范围作出限制，它是指为军事侵略我国国家的敌国提供攸关我国安全的重大车班设施、建设项目、城市等目标的行为。行为方式是在战时为交战敌对国或敌方用画图、文字、使用信号、标记等手段向敌人明示所要轰击我方目标。这里所谓的敌人，不是指国内暗藏的个别敌对分子，而是指军事侵略我国的敌国和武装力量。这种行为不以行为人是否参加间谍组织或是否接受间谍组织及其代理人的任务为限。行为人只要实施为敌人指示轰击目标的行为，就构成间谍罪。

3.认定

（1）正确把握间谍罪与一般违法行为的界限。间谍行为往往给国家和人民造成不可估量的损害，只要实施了间谍罪两种行为之一，是否造成了危害后果，均构成间谍罪。如果不是出于危害国家安全的故意，旨在骗取钱财，而与境外某一机构进行联系，不是出于加入组织或为其代理人完成任务的，属一般骗钱的违法行为，不构成间谍罪。

（2）正确区分间谍罪和资敌罪的界限。资敌罪是在战时资助敌人的行为，非战时不构成本罪。从广义上讲，间谍罪为敌人窃取、刺探、提供情报的行为，也是资助敌人的一种行为。但从狭义上讲，两者还是有区别的。资敌罪是用武器军火或者其他军用物资来帮助敌人，而间谍罪一般是参加间谍组织，多在间谍组织的指使下，进行间谍活动。

4.处罚

第 110 条规定，构成本罪的，危害国家安全的，处 10□年以上有期徒刑或者无期徒刑；情节较轻的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑。第 56 条、第 113 条规定犯本罪的，应当附加剥夺政治权利。对国家和人民危害特别严重，情节特别恶劣的，可以判处死刑，可以并处没收财产。

（五）为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪

1.定义

为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪，是指为境外的机构、组织或个人窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密或者情报的行为。

2.特征

(1)主体是为一般主体，凡达到刑事责任年龄具备刑事责任能力的中国公民均可构成，外国人、无国籍人不构成本罪。

(2)客体是国家安全和利益。保守国家秘密是宪法规定的中国公民的一项基本权利和义务。1993 年通过的《申华人民共和国家国安全法》第 19、20 条也规定，任何公民和组织都应当保守所知悉的国家安全工作的国家秘密。任何个人和组织都不得非法持有属于国家秘密的文件、资料和其他物品。

(3)主观方面是故意，一方面必须明知是所提供的内容是国家秘密、情报，□另一方面明知是所提供的对象是境外的机构、组织、人员。过失不构成本罪。

(4)客观方面表现为为境外机构、组织人员、窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密或者情报的行为。

境外，是指中华人民共和国领域以外或者领域以内中华人民共和国政府尚未实施行政管辖的地域，包括尚未回到祖国怀抱的台砖省和 1997 年 7 月 1 日以前的香港地区、1999 年 12 月 31 日以前的澳门地区。境外机构、组织，是指回归之前的台湾、香港、漠门等地区和外国的机构、组织及其在中华人民共和国境内设立的分支（代表）机构和分支组织。如外国的政府、军队以及其他国家机关在中国境内设置的机构、社团以及其他企事业组织，也包括外国驻华使、领馆、办事处，以及商社、新闻机构等。境外个人，是指居住在外国和回归之前的台

湾、香港、澳门等地区的人，以及居住在中华人民共和国境内不具有中华人民共和国国籍的人。这里所说的居住，不论是否取得永久居住权或长期居住权，还是短期居住，都应视为居住。

窃取，是指使用秘密手段盗窃属于国家秘密或者情报的资料或物品的行为。刺探，是指通过各种渠道、使用各种手段，非法探知国家秘密或者情报资料的行为。收买，是指用金钱、色情和其他物质利益等手段向掌握国家秘密或者情报的人员获取国家秘密或者情报资料或者物品的行为。非法提供，是指国家秘密持有者或知悉者非法出卖、交付、告知其他不应知悉该项国家秘密或者情报的人的行为。

国家秘密是指关系国家的安全和利益，依法定程序确定、在一定时间内只限于一定范围的人员知悉的事项。它是包括国家事务的重大决策、国防建设和武装力量活动、外交和外事活动、国民经济和社会发展、科学技术、维护国家安全活动和追究刑事犯罪活动方面以及其他经国家保密工作部门确定应当保守的国家秘密事项。符合《保守国家秘密法》第 2 条规定的政党中的秘密事项，也应属于国家秘密。行为人对不同等级即绝密、机密、秘密的国家秘密进行窃取、刺探、收买、非法提供给境外的机构、组织、个人，致使国家的安全、利益遭受的危害程度也不同。情报是指除国家秘密以外的涉及国家政治、经济、军事、科技等方面尚未公开或不宜公开泄露的、影响国家安全和利益的情况和材料。不公开的单位内部情况、正常的情报信息交流，不应理解为这里的情报。

本条规定有窃取、刺探、收买、非法提供 4 个具体行为。只要行为人实施上述行为其中之一的，就构成犯罪。如果行为人实施上述行为时被抓获，实际上未能最终获取国家秘密或情报，或者未能完成非法提供的行为时，也应构成本罪未遂。

3.认定

（1）本罪是选择性罪名，可按行为人的行为方式与对象确定罪名；同时有“窃取、刺探、收买、非法提供”四种行为的，不实行数罪并罚，但犯罪行为是多种的，可作为量刑时予以考虑的情节。

（2）构成本罪必须是为境外的机构、组织、个人窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密或者情报的，如果不是为境外，则不能构成本罪。

4.处罚

第 111 条规定，构成本罪的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑；情节特别严重的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑；情节较轻的，处 5 年以下有期徒刑、拘役、□管制、或者剥夺政治权利。又根据第 113 条规定对国家和人民危害特别严重、□情节特别恶劣的，可以判处死刑，可以没收财产。根据第 56 条规定，犯本罪的，应当附加剥夺政治权利。

第二节　危害国防利益罪

一、危害国防利益罪概念和特征

危害国防利益罪是 1997 年修订后的刑法增设的一类犯罪。在原来的刑法中并无规定。因为我国一直习惯于以单一的行政手段管理国防事业、维护国防利益。因此，有关国防利益方面的立法长期以来属于薄弱环节。对于有关行为的惩治，分散于原刑法分则的一些条文中。最近几年，陆续制定了几部单行军事法律，在内容、形式和效力上尚缺乏协调，执行措施也不完善，不适应现代社会的需要。1997 年 2□月全国人大常委会正式把危害国防利益罪列入刑法修改草案，作为刑法分则的一章。后经通过，成为刑法的组成部分。

危害国防利益罪，是指故意或者过失危害国防利益，依照法律应受刑罚处罚的行为。

危害国防利益罪的构成要件：

（一）危害国防利益罪的主体多数是一般主体，包括自然人犯罪主体和单位主体；也有个别为特殊主体，例如战时拒绝、故意延误军事订货罪的主体，只能是依法应当承担或者已经承担军事订货任务的单位。

（二）侵犯的同类客体是国防利益。所谓“国防利益”，是指满足国家防备和抵御外来侵略，制止武装颠覆，保卫其主权、统一、领土完整和安全需要的保障条件。国防利益是从国家的生存发展需要与外部世界的联系中产生的，并体现在国防物质基础、作战和军事行动、国防管理秩序、武装力量建设等方面。国防利益是事关国家生存、发展和安全保障的重要利益，对它的任何危害，必然影响到国防现代化的建设，进而危及国家的生存、发展和安全。

（三）在主观方面，大多数罪由故意构成，如故意提供不合格武器装备罪、冒充军人招摇撞骗罪等；少数罪则出于过失，如过失提供不合格武器装备、军事设施罪等。

（四）客观方面表现为实施危害国防利益的行为。危害国防利益的行为的具体形式是多种多样的，概括起来，就是刑法分则本章规定的各种犯罪行为，如阻碍军事行动罪、破坏武器装备罪、聚众扰乱军事管理区秩序罪、接送不合格兵员罪、雇用逃离部队军人罪等。这些犯罪行为或因侵害的对象同国防利益紧密相关联，或因发生在战时、特定的军事禁区、军事管理区，使其具有危害国防利益的性质。实施危害国防利益的行为，可以是作为，也可以是不作为。这类行为包括两个方面：一是已经造成一定损害结果的行为，如提供虚假敌情罪、聚众扰乱军事管理区秩序罪等；二是虽未造成一定的损害结果，但行为本身包含着造成危害国防利益的危险性，如故意提供不合格武器装备、军事设施罪等。此外，鉴于危害国防利益罪是新规定的一类犯罪，其中的一些行为的危害方面和危害程度不尽相同，为了使惩罚具有合理性，立法者在其基本的犯罪构成上还加上了限制条件，如战时、情节严重等。这表明我国刑法只惩罚具有相当社会危害性的行为。

我国刑法分则第七章规定的危害国防利益罪，共计１４个条文，２1□个罪名。

二、重点罪

（一）阻碍军人执行职务罪

1.定义

阻碍军人执行职务罪，是指以暴力、威胁方法阻碍军人依法执行职务的行为。

2.特征

（1）主体是自然人一般主体。凡达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人均可成为本罪的主体。如果是军人阻碍执行军事职务，由于本法第 426 条作了特别规定，与本条形成法条竞合关系，对之应当依照特别法条即阻碍执行军事职务罪治罪科刑，而不按本罪定罪论处。

（2）客体是军人依法执行职务的活动。根据 1997 年 3 月 14 日通过的《国防法》规定：“公民和组织应当支持国防建设，为武装力量的军事训练、战备勤务、防卫作战等活动提供便利条件或者其他协助。"现役军人依法履行职责的行为受法律保护”。阻碍军人依法执行职务的行为，违反国防法规定的公民国防义务，直接危害国防利益。

犯罪对象是正在执行职务的军人，包括中国人民解放军的现役军官、文职干部、士兵及具有军籍的学员和中国人民武装警察部队的现役警官、文职干部、士兵及具有军籍的学员；执行军事任务的预备役人员和其他人员，以军人论。“预备役人员”，是指编入民兵组织或者经过登记服预备役的公民。“其他人员”，是指在军队和武警部队的机关、部队、院校、医院、基地、仓库等队列单位和事业单位工作的正式职员、工人，以及临时征用或者受委托执行军事任务的地方人员。这些人员执行的职务，是指军队条令、条例、规章制度以及上级决议、指示、命令所赋予军人的各项任务的活动，与军事利益以及国家利益、人民利益息息相关。他们在执行任务期间，被人民群众以暴力、威胁方法加以阻挠，就是妨害了军队各项任务的完成，破坏了有关军职人员的正常执行活动，损害了国家的军事利益。

（3）主观方面表现为故意，即行为人明知对方系正在执行任务的军人，却故意以暴力、威胁方法加以阻挠，以致对方停止、放弃、变更执行职务，或者无法正常执行职务。过失不构成本罪，行为人阻碍军人执行职务的动机是多种多样的，有的是不服从管理，有的是逞能，有的是无端滋事，有的是为报复，还有的是为了发泄私愤等。如果行为人不知对方是正在执行职务的，因其他原因以暴力殴打或以言语威胁的，则不构成本罪。

（4）客观方面表现为行为人采用暴力或者威胁手段，阻碍军人依法执行职务。所谓“暴力”，是指行为人对依法执行职务的军人的身体实施打击或者强制。例如拳打脚踢、或者用枪械、匕首、铁器、棍棒殴打，或者用绳索、铁丝、皮带捆绑等。实施暴力的结果，不仅使军人无法履行职务，而且有的还造成军人伤亡的后果。所谓“威胁”，是指行为人以暴力相挟，实行精神强制、心理压制，使军人产生心理恐惧，不能或者无法履行职责、执行任务。

威胁既可以当其面进行，也可以通过电话、书信、传真或第三人转告等方式进行。其企图加害的对象，既可以是军人本人，亦可以是军人亲属。总之，暴力、威胁方法是本罪的重要特征。虽有阻碍执行职务的行为，但如果没有使用暴力、威胁方法，而只是对其进行顶撞、谩骂、不服从命令和指挥，则不能构成本罪。

行为人必须阻碍了军人依法执行职务。倘若没有阻碍其执行职务，如先企图阻碍但经做工作后能及时让其执行职务，则不构成本罪。所谓阻碍，是指行为人通过各种方法使军人不能正常地行使自己的职权，履行自己的职责。其既表现为军人被迫停止、放弃自己所正在或需要执行的职务，亦表现为其被迫变更依法应当执行或从事职务的内容，对之应当注意把握。

阻碍军人依法执行职务，是指对军人依法执行职务造成障碍，使其不能顺利执行职务，如推翻或者烧毁军车，从而使执行职务的军人受阻等等。依法执行职务，是指军人依照上级合法军事命令而执行职务。职务行为的“合法”是一个十分重要前提。因此，如果阻碍军人不合法的行为，则不能构成本罪。

3．认定

（1）区分阻碍军人执行职务罪与非罪的界限

判定一种阻碍军务的行为是否构成犯罪，一是要看行为人主观上有无故意阻挠军人执行职务的目的。如果属于对军人发牢骚、讲怪话、态度生硬，或者仅有一般嘲讽、辱骂，甚至轻微的顶撞行为，行为人并不希望对方停止、变更、放弃执行职务结果发生的，不应以犯罪论处；二是看客观上行为人是否实施了暴力、威胁手段，是否因此发生了军人停止、放弃、变更执行职务或无法执行职务的后果。如果行为人虽然实施了某种阻挠行为，但只是军人正常执行职务，或者对方虽然出现了停止、放弃、变更执行职务或者无法执行职务的结果，但与行为人的行为并无必然的因果关系，也不应以犯罪论处。

（2）因使用暴力方法犯本罪，致使军人重伤、死亡的，或者犯本罪时抢夺、抢劫军人枪支及其他武器装备的，应当按想象竞合犯处罚原则处理，即对行为人从一重罪处断。

走私人员以暴力、威胁方法阻碍边防军人依法缉私的，应对行为人按走私罪与阻碍军人执行职务罪数罪处罚。

（3）区分本罪与妨害公务罪的界限

两罪在主观心理状态方面是相同的，都是基于故意；在客观方面都是以暴力和威胁方法为犯罪手段，实施了阻碍执行职务的行为。二者主体相同。都是一般主体，即可以是任何达到法定刑事责任年龄、具有刑事责任能力的人。其区别主要在于侵害的客体不同。阻碍军人执行职务罪侵害的客体是军职任务的正常执行活动，侵害的对象是军人；妨害公务罪侵害的客体是社会管理秩序，侵害的对象是国家工作人员。

（4）区分本罪与扰乱社会秩序罪的界限

阻碍军人执行职务罪与扰乱社会秩序罪的行为人在主体、主观心态、客观表现方式方面有相似之外，但也有明显的区别：（1）侵害的客体不同。前者侵害的客体是军人的正常执行职务活动，是国防利益，后者则是社会秩序。（2）侵害的对象不同。前者侵害的对象，必须是军人，后者则是针对特定的机关、单位等。（3）犯罪

手段不尽相同。前者是使用暴力、威胁方法，后者的犯罪手段则是多种多样的，如暴力袭击、强行侵占、冲击、哄闹等。(4)犯罪结果不同。前者不一定造成具体的危害结果，而后者必须是情节严重，使国家、军队、社会道受严重损失的，才构成犯罪。

(5)区分阻碍军人执行职务罪与阻碍执行军事职务罪的界限

阻碍执行军事职务罪，是指以暴力、威胁方法阻碍指挥人员或者值班、值勤人员执行职务的行为。两罪侵犯的直接客体相近为国防利益、军事利益，犯罪行为、主观方面相同，其主要区别是犯罪对象不同。前者的犯罪对象是所有依法执行职务的军人，而后者的犯罪对象仅指依法执行职务中的指挥人员和值班、值勤人员。

4.处罚

根据第368条第1款的规定，犯阻碍军人执行职务罪的，处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金。

(二)阻碍军事行动罪

1.定义

阻碍军事行动罪,是指非军职人员采用各种非法手段,故意阻碍武装部队的军事行动,造成严重后果的行为。

2.特征

(1)主体是自然人一般主体。

(2)侵犯的客体是武装部队的军事行动。1997年3月14日颁布的《国防法》第22条规定：中华人民共和国的武装力量，由中国人民解放军现役部队和预备役部队、中国人民武装警察部队、民兵组成。由此，武装部队包括解放军部队、武装警察部队或民兵组织。

本罪侵犯的对象是军事行动。军事行动，是指为达到一定政治目的而有组织地使用武装力量的活动。武装部队的军事行动，是为防备和抵抗武装侵略，防备和粉碎颠覆政府、分裂国家的阴谋，保卫国家主权、统一、领土完整和安全所进行的具体活动。在和平时期，表现为实施兵力的部署和调动，进行军事训练和演习，执行戒严任务和处置突发性暴力事件等；在战争时期，表现为进行反侵略战争，参加战斗、战役。根据国防法的规定，公民应当为武装力量的军事训练、战备勤务、防卫作战等活动提供便利条件或者其他协助。阻碍武装部队军事行动造成严重后果的行为，违反了国防法规定的公民国防义务，严重妨碍了国防和军队建设。

(3)主观方面是故意,即明知是军事行动而仍决意阻碍。过失不能构成本罪。如果不知是在进行军事行动，则不能以本罪论处。当然，误认为是军人在依法执行职务而阻碍的，应构成阻碍军人执行职务罪。先不知道是军事行动但后来知道仍加阻碍的,则应视为有本罪故意而可构成本罪。至于其动机，有的是出于某种政治目的，有的是为了维护个人自己的利益，有的是对军队不满，等等，但无论动机如何，均不会影响本罪成立。

(4)客观方面表现为阻碍军事行动，造成严重后果的行为。

首先，要有阻碍军事行动的行为。所谓阻碍，既可以采取暴力、威胁的方法，如围攻、殴打、掷石块、抢夺枪支、砸毁车辆，以揭露隐私、毁坏财产、加害人身等相要挟等等，又可以采取非暴力、威胁方法，如设置路障、静坐躺卧等。既可以采取积极的作为方式，如设置路障，煽动群众围堵，在军事行动区域包括陆地、空中、水域构筑违法建筑或障碍物，在净空区设置影响飞行或观察的障碍物，在军事行动区域饮用水中投人有害的物质，停水、停电、停气，用电波干扰军事通讯或军用计算机工作，阻止部队通过等，又可以采取消极的不作为方式，如负责排除障碍的有关人员明知有障碍而不加排除造成军事行动阻碍。不论其采取何种方法，只要行为人的行为实质会造成军事行动的阻碍并且产生严重后果的，即可构成本罪。所谓军事行动，是指为达到一定政治目的而有组织地使用武装力量，即为军队3人以上战斗组织的军事活动。既包括和平时期的战争准备活动如兵力、兵器的部署和调配，预定战场如军事设施、工地的建设活动，军事训练及演习，平定叛乱、暴乱，实施戒严等，又包括战争时期的战争、战役及战斗等。如果所阻碍的不是上述军事行动，则不能构成本罪，构成犯罪，也应以他罪如阻碍军人执行职务罪等论处。

其次，必须因阻碍军事行动的行为造成了严重的后果才能构成本罪。虽有阻碍军事行动的行为，但没有造

成实质损害或虽有实质损害或但不是严重损害，都不能以本罪论处。所谓严重后果，主要是指因其行为造成军事演习不能按期完成而造成重大影响或者重大经济损失的；贻误战机的；造成战役、战斗失利的；造成人员伤亡或非战斗减员的；造成武器装备严重损坏或大量损坏而无法形成战斗力的，等等。

3．认定

（1）罪与非罪的界限

行为人实施阻碍军事行动的方法，可以采用放火、决水、爆炸、投毒，破坏交通工具、破坏交通设施，破坏通讯设备，侵入国防建设领域的计算机信息系统，冲击军事机关，抢夺、抢劫枪支、弹药、爆炸物，杀人、伤害、绑架、非法剥夺人身自由等等，此时又会触犯其他罪名，对之应当以本罪与他罪中的一重罪处罚，而不实行数罪并罚。

本罪以故意阻碍武装部队军事行动，并造成严重后果作为犯罪构成要件。因此，过失阻碍武装部队军事行动不构成犯罪；虽然是故意阻碍武装部队军事行动，但未造成严重后果的，也不构成犯罪。从司法实践看，阻碍武装部队军事行动，往往由少数人煽动、蒙骗一些不明真相的人参与。对那些受蒙骗参与一般活动的人员，也不能按犯罪处理。

（2）阻碍军事行动罪与阻碍军人执行职务罪的界限

两罪在犯罪主体、主观方面相同。其主要区别在于：(1) 犯罪对象不同，前者的犯罪对象是武装部队，后者的犯罪对象是军人，是武装部队中执行某一项任务的少数人。(2) 侵犯的客体不同。前者侵犯的直接客体是武装部队的军事行动，后者侵犯的直接客体是军人依法执行职务的活动。(3) 犯罪的客观方面不同。前者的犯罪手段可以多种多样，但采取什么手段并不是犯罪构成的要件，后者以采用暴力、威胁方法作为犯罪构成要件；前者以造成严重后果作为犯罪构成要件，后者则没有把行为造成的后果作为犯罪构成要件。

（3）以武装叛乱、暴乱方式阻碍军事行动的行为的性质的认定

以武装叛乱、暴乱方式阻碍军事行动，属于牵连犯，应按照处理牵连犯的原则，从一重处罚，即以武装叛乱、暴乱罪定罪处罚。如果在阻碍军事行动过程中，策动、勾引、收买武装部队人员进行叛乱，则应分别以阻碍军事行动罪和武装叛乱罪定罪处刑，并实行数罪并罚。

4.处罚

根据第３６８条第２款的规定，犯阻碍军事行动罪的，处５年以下有期徒刑或者拘役。

第三节　军人违反职责罪

一、军人违反职责罪的概念和特征

军人违反职责罪，是指军人违反职责，危害国家军事利益，依照法律应当受刑罚处罚的行为。

新刑法已经将军人违反职责罪纳入其体系，这意味着军人违反指责罪如同其他九类犯罪一样，都接受刑法总则规范的指导和限制。过去的《中华人民共和国军人违反职责罪暂行条例》予以废止。凡现行刑法规定的犯罪概念、犯罪构成以及量刑、行刑的总则性规定，当适用于本类犯罪。军人职责罪也有超出刑法总则的一般规定的一些特别规定。主要表现在：①军人违反职责罪中无适用管制刑种的情形。这是因为管制是不予关押、分散在各单位执行的，而军队是执行军事任务的武装集团，组织严密，机动性高，机密性大，必须保持高度的纯洁性。如果将判处管制的犯罪分子留在军内执行，势必影响部队的纯洁与安全。执行起来困难很多。因此本罪不适用管制刑是符合部队实际的。②刑法规定了军人犯罪的战时缓刑制度。即第 449□条规定的：“在战时，判处三年以下有期徒刑没有现实危险宣告缓刑的犯罪军人，允许其戴罪立功，确有立功表现时，可以撤销原判刑

罚，不以犯罪论处。”这一制度与一般的缓刑制度在适用对象、适用时间、适用条件、适用方法、法律后果等方面皆有不同。这些特别规定有利于使这些犯罪军人在战时争取戴罪立功、重新做人；有利于在战时调动一切积极因素，增强英勇杀敌的力量，从而保持并提高军队的战斗力和凝聚力。③军人违反职责和刑法分则的其他犯罪在域外效力上有所不同。因反击敌国侵略的需要，军队有时需要越过国界。因此，本章有关“战场”或者“军事行动地区”的规定可能是在他国领域，在这种情况下，根据刑法第 7 条第 2 款的规定，完全适用我国刑法。而对除军人的国家工作人员在中华人民共和国领域外犯罪的刑事管辖权，则属于任意规范，即按刑法规定的法定最高刑为 3□年以下有期徒刑的，可以不予追究。④还应看到，本章中有些条文所规定的犯罪，与刑法中的其他犯罪，存在法条竞合关系，有特别法与普通法之分，以特别法优于普通法的原则解决其适用问题。

军人违反职责罪的构成要件如下：

(一)犯罪主体是特殊主体，即军人。这是刑法分则对该类犯罪单列一章的原因之一。只有具备军人身份的人，才担负着军人的特有职责，其行为和结果才能直接与国家军事利益有关。对于军人这一概念的范围，第 450□条进行了规定，军人包括中国人民解放军的现役军官、文职干部、士兵及具有军籍的学员和中国人民武装警察部队的现役警官、文职干部、士兵及具有军籍的学员以及执行军事任务的预备役人员和其他人员。“预备役人员”，是指编入民兵组织或者经过登记服预备役的地方人员。根据《兵役法》的规定，预备役人员平时必须定期参加军事训练，执行军事任务，并随时准备应征服现役。“其他人员”，是指在军队(含武装部队)机关、部队、院校、医院、基地等队列单位和事业单位工作的正式职员、工人以及临时征用或者受委托执行军事任务的地方人员。从本条规定的内容看，军人的范围比过去有所扩大。军人违反职责罪的主体不仅包括现役军人，而且还包括预备役人员和其他人员。不过，后两种人只有执行参战、参训等军事任务时，才能成为本类罪的主体。应当指出，保留军籍的离休人员以及保留军籍正再服刑或者劳动教养的军人，已经终止或者中止了军人职责，因此不能成为本类犯罪的主体。如果现役军人在服役期间实施了违反职责的行为，而在退役或者转业后才被发现，如果并未超过追诉时效，仍按本；类犯罪论处。另外，如果在服兵役之前实施了其他犯罪，在服役期间被发现的，如在时效期间内被追诉的，应按其他犯罪论处，并不构成本类犯罪。

(二)客体是国家的军事利益。国家军事利益是与军事活动直接有关的国家利益，并体现在军队建设、战争的准备与实施等军事活动中，包括国家在国防建设、作战行动、后勤保障、军事科研、军事秘密、军队建设、战斗力的巩固和提高等方面的利益。军人违反职责罪的危害实质在于破坏武装力量建设，削弱部队战斗力，危害国家军事利益。

(三)主观方面多数犯罪出于故意，少数犯罪出于过失，如武器装备肇事罪、玩忽军事职守罪等。此外，对于某些故意犯罪，还规定须出于某种特定的动机。只有出于这种特定的动机才能成立犯罪。例如，战时自伤罪须出于“逃避军事义务”的动机；自动投敌罪须出于“贪生怕死”的动机。

(四)客观方面表现为违反军人职责，危害国家军事利益的行为。军人职责是军人依法、依军令和自己的职务所必须担负的责任和应当履行的义务。它包括一般职责、具体职责和专业职责。军人的一般职责是指每一个军人都应尽的职责，如“服从命令，听从指挥”、“在任何情况下决不背叛祖国”等，这些职责主要规定在《中国人民解放军内务条令》中。军人的具体职责，是指军队中士兵、军官、首长和主管人员在执行军务中的职责，规定在中央军委、解放军各总部和各军兵种发布的各种条例和条令中。军人的专业职责，是指对在军队中从事专门工作和专业工作的军人规定的职责，如舰长的职责、车长的职责等。军人违反职责的行为，必然要危害到国家的军事利益，当这种危害达到应受刑罚处罚的程度，就构成了军人违反职责罪。

军人违反职责罪的行为方式，多数表现为作为，如阻碍执行军事职务罪、逃离部队罪、盗窃武器装备、军用物资罪等；少数表现为不作为，如遗弃伤病军人罪、玩忽军事职守罪；还有少数犯罪，既可以由作为构成，也可以由不作为构成，如违抗命令罪等。

犯罪的时间、地点，对于军人违反职责罪的定罪量刑具有重要的影响：其一，一些特定的时间、地点直接

参与了犯罪构成整体性能的形成，因而是某些军人违反职责罪的必要要件。例如，“战时”、“在履行公务期间”、“在战场上”、“在军事行动地区”等，是战时自伤罪、战时造谣惑众罪、遗弃伤病军人罪、临阵脱逃罪、违抗命令罪、军人叛逃罪等犯罪的必要要件。如果不具备这些特定的时空条件，就不能构成上述犯罪。其二，一些军人违反职责罪虽不以特定时间、地点为构成条件，但特定时空条件往往是制约量刑的重要情节。例如，对于泄露军事机密罪、逃离部队罪、玩忽军事职守罪、阻碍执行军事职务罪等，立法规定“战时从重处罚”。

刑法分则第十章军人违反职责罪共 32 条，30 个罪名。

二、重点罪

（一）投降罪

1.定义

投降罪，是指在战场上贪生怕死，自动放下武器，向敌人投降的行为。

2.特征

(1)侵犯的客体是国家安全秩序和军人参战秩序。军队是中国政权的坚强柱石，每一名军人都肩负着保卫国家的神圣使命。中国《宪法》第 29 条规定，中华人民共和国武装力的任务是“巩固国防，抵抗侵略，保卫祖国，保卫人民的和平劳动”等。《国防法》第 56 条规定：“现役军人必须忠于祖国，履行职责，英勇战斗，不怕牺牲，捍卫祖国的安全、荣誉和利益。”《内务条令》第 12 条规定，军人要宣誓做到“英勇战斗，不怕牺牲”，“在任何情况下，绝不背叛祖国，绝不叛离军队”。可见，军人在战场上参加作战，理当英勇杀敌，不怕牺牲，这是军人职责对参战人员的最基本要求。投降敌人的行为不仅违背了军人职责的最基本要求，破坏了参战秩序，而且更严重的是屈服于敌人意味着军人背弃了自己的政治使命，违背了自己所担负的国防义务，将最终对国防安全造成危害。所以，投降罪侵犯的是双重客体。

(2)主观方面表现为故意，即行为人明知自己放弃抵抗，向敌人投降的行为将会造成危害作战和国防安全的结果，却希望或者放任这种危害结果发生。在战场上敌我双方你死我活，投降敌人是迫于敌人的武装压力，为了保全自己的性命，而背弃军人的政治使命，屈服于敌人，所以投降的动机是贪生怕死。过失不构成本罪，在能够继续打击敌人的情况下，自动放下武器，投降敌人或束手就擒。

(3)客观方面表现为在战场上自动放下武器向敌人投降的行为。投降敌人的行为只能发生在战场上，即在敌我双方进行作战活动的区域，包括陆域、海域和空域，实践中较多的是发生在敌众我寡、敌强我弱、被敌人包围或者追击的情况下。“在战场上”与“战时”有所区别，前者则强调的是敌我双方直接交战，彼此互有具体的作战行动，而后者仅说明是在战争时期，敌我双方不一定发生了直接的作战行动。

自动放下武器是投降罪的客观方面的主要行为特征，对其含义应作广义的理解。即行为人当时能够使用武器杀伤敌人，保护自己，却有意不使用武器，放弃抵抗。一般情况下，凡可以使用武器进行抵抗而不抵抗的，无论是自动抛弃了武器，还是武器仍然持在手中，甚至将武器砸毁等，都属于“自动放下武器”的范畴。实践中，行为人对自动放下武器投降敌人的行为，往往有多种辩解。如有的谎称枪炮损坏，弹药耗尽；有的假装重伤；还有的采取停火谈判等手段，掩盖其投降敌人的犯罪行为。对于在战场上因患病、受伤，丧失继续战斗能力，以及在战斗中被敌人打散或包围、被叛徒出卖或误入敌人阵地等而被俘的，不构成本罪。对于因听从上级命令放下武器投降敌人的，也不宜以投降罪论处。

投降敌人，主要是指向战争或者武装冲突中的敌对一方屈服。根据本法第 451 条的规定，部队执行戒严任务或者处置突发性暴力事件时，应以战时论。所以在这种情况下向暴力侵害者投降，也应视为向敌人投降。如在执行戒严任务时遭到武装暴徒的袭击，或者哨兵在哨位上遭到身份不明的武装人员的袭击，为了保全性命而向对方缴械，均应视为投降行为。

本条没有要求必须造成一定后果才构成本罪。情节严重是本罪的加重情节。所谓情节严重，主要指首长带领部属集体投敌的；因投敌导致阵地丢失、人员伤亡、重要武器装备受损、战斗失利等危害结果的；携带秘密文件或从事机要的军职人员投降敌人的；在投降敌人过程中，用暴力、威胁手段反抗阻挠、干预其投降的其他人员的；对投降敌人的犯罪事实矢口否认，态度恶劣的等。行为人虽然投降敌人，但投敌后只要不为敌人效劳，不构成新的犯罪的，依法不处死刑。这充分体现了对因贪生怕死投降敌人的人着重在教育、挽救的宽严相济的刑事政策。

3.认定

（1）投降罪与投敌叛变罪的界限

1、投降罪只能发生在战场上，特别是敌我双方短兵相接、面临战斗的情况下，行为人必须自动放下武器，而投敌叛变罪主要发生在平时，即使发生在战时，一般也不是在面临战斗的情况下，如部队正在休整、待机或者转移途中，没有遭遇敌人的时候，所以行为人不存在放下武器的行为。

2、在犯罪的主体上，投降罪的犯罪主体只能是参加作战的军人，而投敌叛变罪的犯罪主体既可以是军人，也可以是普通公民 3、在犯罪的主观方面，投降罪迫于敌人的武装压力，贪生怕死，背弃自己的政治命令，屈服于敌人，而投敌叛变罪则是出于信仰动摇、政治变节而投靠敌人。如果行为人蓄谋叛变投敌，在战场上积极寻找机会，直接投靠敌人的，不宜定投降罪，应以投敌叛变罪论处。

（2）投降罪与战时临阵脱逃罪的界限

投降罪是通过放下武器，屈服于敌人的方法达到保全性命的目的，而战时临阵脱逃罪是通过脱离战斗岗位、逃避参加作战等方法达到保全性命的目的。在具体案件中，投降罪与战时临阵脱逃罪可能会出现犯罪竞合现象，如部队正在阵地上与敌人作战，行为人贪生怕死，扔下武器逃离阵地，向敌人投降。对这种情况，一般应以投降罪论处，因为行为人临阵脱逃的目的是为了向敌人投降，而且如果没有其他严重情节，以投降罪论处也符合对想象竞合犯以较重的罪名论处的原则。但是如果由于行为人临阵脱逃投降敌人的行为致使战斗、战役遭受重大损失的，因战时临阵脱逃罪对这种情节的法定最高刑要重于投降罪的法定最高刑，则应以战时临阵脱逃罪论处，否则将违背对想象竞合犯以重罪论处的原则，造成罚不当罪。

（3）投降敌人和被敌俘虏的界限

一般情况下，投降敌人是主动的，被敌俘虏则完全是被迫的；投降敌人前具有自动放下武器的情节，而被敌俘虏时已不具备使用武器进行抵抗的条件。如因弹药耗尽、武器毁损、严重伤病、极度疲惫而无法使用武器进行抵抗被敌人俘获的；或者遭到敌人突然袭击，措手不及未能使用武器进行抵抗而被敌人抓获的，都属于被敌俘虏，而不应认定为投降敌人。即使被俘后叛变，积极为敌人效劳的，也不应以本罪论处，而应适用本法第108 条以投敌叛变罪论处。

4.处罚

第 423 条的规定，犯投降罪的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑；情节严重的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑；投降后为敌人效劳的，处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。情节严重，主要是指率部投降的；指挥人员投降的；携带重要武器装备投降的；因投降致使战斗、战役遭受重大损失的等。所谓投降后为敌人效劳，在司法实践中一般是指主动向敌人提供我军重要军事秘密，积极为敌人出谋划策，煽动、勾引我军被俘人员叛变投敌，接受敌人派遣任务，主动要求参加敌军与我作战等情形。但投降后被迫为敌人服劳役的，如挖工事，搬弹药等，不宜认定为敌人效劳。

（二）战时临阵脱逃罪

1.定义

战时临阵脱逃罪，是指战时面临战斗任务而脱离岗位逃避参加战斗的行为。

2.特征

(1)主观方面是故意。

(2)客观方面表现为战时面临战斗任务而脱离岗位逃避参加战斗的行为。□面临战斗任务既包括正在进行的战斗，也包括已受领了具体的战斗任务，正在准备实施的情况。脱离岗位是逃避战斗的前提，也是逃避战斗的表现，泛指脱离战斗的区域或者准备参战的部队。

3.处罚

第 424 条的规定，犯战时临阵脱逃罪的，处 3 年以下有期徒刑；情节严重的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑；致使战斗、战役遭受重大损失的，处□10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。

（三）武器装备肇事罪

1.定义

武器装备肇事罪，是指违反武器装备使用规定，情节严重，因而发生责任事故，致人重伤、死亡或者造成其他严重后果的行为。

2.特征

(1)侵犯的客体是武器装备的使用制度。武器装备是我军巩固国防、抵抗侵略、保卫祖国、保卫人民和平劳动的主要工具，是军队战斗力的主要物质基础。为了使武器装备正常地发挥效能，必须建立相应的武器装备制度。武器装备肇事的犯罪行为，造成人员伤亡、武器装备的毁损或者其他严重后果，破坏了武器装备的使用秩序，直接侵害了武器装备的使用制度，妨碍了武器装备正常地发挥效能。本罪侵犯的对象，是各种武器装备。武器装备是指部队用于实施和保障作战行动的武器、武器系统和军事技术装备，通常包括冷兵器、枪械、火炮、火箭、导弹、弹药、爆破器材、坦克及其他装甲车辆、作战飞机、战斗舰艇、鱼雷、水雷、生物武器、化学武器、核武器；通信指挥器材、侦察探测器材、军用测绘器材、气象保障器材、雷达、电子对抗装备、情报处理设备、军用电子计算机、野战工程机械、渡河器材、伪装器材、“三防”装备、辅助飞机、军用车辆等。

(2)在主观方面是出于过失，即行为人对其行为造成的责任事故，□是由于疏忽大意或过于自信所致。至于违反武器装备使用规定的行为本身，则可能是明知故犯的。

(3)在客观方面表现为违反武器装备使用规定，情节严重，因而发生责任事故，致人重伤、死亡或者造成其他严重后果的行为。这里包括三层含义：首先，行为人实施了违反武器装备使用规定的行为，这是构成本罪的前提条件。其次，违反武器装备使用规定的行为必须是情节严重的，主要指在使用、操作武器装备的过程中，故意违反规定或操作规程，或者马虎从事、严重不负责任，或者擅自使用、操作武器装备等。最后，发生重大责任事故，致人重伤、死亡或者造成其他严重后果，如造成爆炸、火灾、大面积污染、重要武器装备不能使用以及公共财物的重大损失等。

情节严重是构成本罪的必要条件。情节严重，一般是指行为人没有使用武器装备的任务，却违反规定，擅自动用装备而发生责任事故的；平时经常用武器装备开玩笑、耍威风，严重不负责任，且屡次不听劝阻和批评的；肇事后不积极抢救人员、装备，挽回损失或自首投案，而是无动于衷，推卸责任，嫁祸于人，伪造现场，欺骗他人等。根据本条的立法精神，对下述情况可给予从轻或减免处罚：由于操作技术不熟练，处置武器装备情况经验不多，在正常使用武器装备时不慎肇事的；肇事的主要责任在领导或他人，本人应负次要责任的；肇事后积极抢救遇害人员，努力挽回损失并有投案自首情节的；进行武器装备的试验、技术故障、革新时违反有关规章制度而发生的责任事故。

违章行为一且造成责任事故，致人重伤、死亡或者造成其他严重后果，即构成武器装备肇事罪。责任事故是指因行为人违反规章制度的失职行为而造成严重后果的事故。其后果是致人重伤、死亡或者其他严重后果。其他严重后果泛指因武器装备肇事而引起爆炸、火灾、大面积污染或者其他重大损失等。

3.认定

（1）武器装备肇事罪与与自然事故、技术事故的界限

自然事故属于意外事故，它是由不能预见或不能控制的自然条件发生变化而引起的；技术事故是由于技术条件限制或者武器装备条件不良造成的。这两种事故与武器装备肇事罪在后果上可能是一样的，区别在于武器装备肇事罪是以行为人在客观方面违反武器装备使用规定、主观方面具有过失，而自然事故、技术事故件则不具备这两个特征。

（2）武器装备肇事罪与第 133 条规定的交通肇事罪的界限

军人驾驶军用装备车辆肇事时，是定武器装备肇事罪，还是定交通肇事罪?□依照中国人民解放军军事法院《关于审理军人违反职责罪案件中几个具体问题的处理意见》(1988□年 10 月 19 日)，军人驾驶军用装备车辆，违反装备使用规定和操作规程，□情节严重，因而发生重大责任事故，致人重伤、死亡或者造成其他严重后果的，即使同时违反交通运输规章制度，也应以武器装备肇事罪论处；如果仅因违反交通运输规章制度而发生重大事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，则应以交通肇事罪论处。

（3）武器装备肇事罪与与危害公共安全罪中的其他过失犯罪的界限

危害公共安全罪的过失犯罪，如：失火罪、过失爆炸罪、过失破坏易燃易爆设备、交通工具、交通设备罪、重大责任事故罪及危险物品肇事罪等，与武器装备肇事罪有许多相似之处。武器装备肇事罪与这些犯罪除了在主体要件、客体要件上的区别外，还需注意区别以下两点：l、看犯罪对象是否属于武器装备。只有犯罪对象属于武器装备，才能构成武器装备肇事罪；如不属于武器装备，则应根据不同的犯罪构成要件确定相应的罪名。2、看是否因违反了武器装备的使用规定，如是，就应定武器装备肇事罪；如果主要是因违反了其他维护公共安全的法规和规章制度，就应根据不同的犯罪构成要件确定相应的罪名。

（4）武器装备肇事致人重伤、死亡的定罪

枪支走火致人伤亡从广义上说，属于过失致人死亡或者重伤，根据本法第 233 条和第 235 条对过失致人死亡和过失致人重伤罪所规定的“本法另有规定的，依照规定”，武器装备肇事致人重伤、死亡的，应以武器装备肇事罪论处。

（5）武器装备肇事罪与擅自改变武器装备编配用途罪的界限

武器装备肇事罪与擅自改变武器装备编配用途罪都与武器装备有关，行为人主观上都是过失，客观上也可能造成相似的严重后果，而且武器装备的使用和管理规定经常混在一起，使用中有管理要求，管理中有使用规定，因此在定罪时容易发生混淆。其主要区别有以下两点：1、发生犯罪的时机不同。武器装备肇事罪一般发生在武器装备的日常维护保养和操作使用过程中，而擅自改变武器装备编配用途罪则主要是发生在武器装备的申请、补充、调整、动用、封存、保管、转级、退役、报废和技术革新等管理工作过程中。2、行为人的身份不同，武器装备肇事罪的行为人主要是武器装备的操作使用人员，而擅自改变武器装备编配用途罪的行为人主要是武器装备的各类管理人员和指挥人员。但是武器装备的操作使用人员违反武器装备的管理规定，擅自改变武器装备的编配用途，造成严重后果的，也应以擅自改变武器装备编配用途罪论处，而不宜定武器装备肇事罪。

4.处罚

第 436 条的规定，犯武器装备肇事罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役；后果特别严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。后果特别严重，是指造成多人重伤死亡的，毁损特别重要武器装备，严重毁损大量重要武器装备，致使国家财产遭受重大损失等。

思考题：

1.分裂国家罪的概念和构成特征是什么？

2.间谍罪的概念和构成特征是什么？

3.阻碍军人执行职务罪的概念和构成特征是什么?

4.冒充军人招摇撞骗罪的概念和构成特征是什么?

5.投降罪的概念和构成特征是什么?

参考书目：

1、王作富主编：《刑法》，中国人民大学出版社，1999 年 12 月第 1 版。

2、何秉松主编：《刑法教科书》，中国法制出版社，1997 年 12 月第 1 版。

3、杨春洗、杨敦先主编：《中国刑法论》，北京大学出版社，1998 年月第 2 版。

4、郭立新、杨迎泽主编：《刑法分则适用疑难问题解》，中国检察出版社，2000 年 1 月第 1 版。

5、刘亚平编著：《刑法分则案例教程》，中国政法大学出版社，1999 年 8 月第 1 版。

6、陈兴良、曲新久著：《案例刑法教程》，中国政法大学出版社，1994 年 5 月第 1 版。

7、黄京平主编：《以案说法》(刑法篇)，中国人民大学出版社，1998 年 5 月第 1 版。

ISBN 952-99168-5-X

